



La gouvernance d'entreprise face au respect de la vie privée des salariés

Valene Athea

► To cite this version:

Valene Athea. La gouvernance d'entreprise face au respect de la vie privée des salariés. Droit. Université Paris-Est, 2015. Français. NNT : 2015PESC0063 . tel-01387372

HAL Id: tel-01387372

<https://theses.hal.science/tel-01387372>

Submitted on 25 Oct 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ — — PARIS-EST

ÉCOLE DOCTORALE UNIVERSITÉ — PARIS-EST
Organisations, Marchés, Institutions

LA GOUVERNANCE D'ENTREPRISE FACE AU RESPECT DE LA VIE PRIVEE DES SALARIES

Sous la direction de Madame Martine MEUNIER-BOFFA

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit

Soutenue le 16 décembre 2015

Valène ATHEA

Membres du jury :

Monsieur Vincent DE BRIANT: Président du jury (Maître de conférences à l'université Paris Est)

Madame Martine MEUNIER-BOFFA (Maitre de conférences, HDR à l'université Paris Est)

Monsieur Charley HANNOUN (Professeur à l'université de Cergy Pontoise, rapporteur)

Monsieur Max PEYRARD (Professeur à l'université Paris 1 - Sorbonne, rapporteur)

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements sont tout naturellement adressés à ma directrice de thèse : Martine MEUNIER-BOFFA. Tout d'abord, pour m'avoir fait confiance et avoir accepté de diriger mes travaux. Je la remercie de sa grande disponibilité, de sa générosité et de sa bonne humeur, le tout mêlé de rigueur, de curiosité, de passion pour son métier et d'une grande connaissance juridique.

Ce savant mélange fait de Madame MEUNIER, je pense, un chercheur émérite tant sur le plan juridique que sur le plan de l'enseignement.

J'ai appris énormément de choses à son contact durant ces deux dernières années. Alors MERCI !

J'adresse un profond remerciement à Monsieur DE BRIANT, pour ses séminaires de méthodologie vivants et instructifs, pour sa disponibilité à notre égard et bien sûr d'avoir accepté d'intégrer mon jury de soutenance de thèse.

Je remercie tout particulièrement Messieurs les Professeurs Max PEYRARD et Charley HANNOUN du temps qu'ils ont bien voulu prendre pour être les rapporteurs de ma thèse.

Je remercie également Monsieur Taieb EL BOUJJOUFI de la confiance qu'il m'a portée et de l'opportunité qu'il m'a offerte en me permettant d'intégrer son équipe d'enseignants, expérience qui m'a été très enrichissante.

Je remercie Christian, thésard lui aussi, pour le soutien qu'il m'a apporté et le temps passé à me conseiller.

Merci à ma copine Johanna, « Baby Jo », pour ses précieux conseils lors de l'élaboration de mon plan, ainsi que pour toutes nos journées « bibli » à travailler notre thèse ensemble.

Un grand merci à mes meilleures amies, Fanny, Stéphanie et Laura, pour m'avoir toujours soutenu tout au long de mon parcours et toutes ces soirées et vacances que nous avons passés et que nous passerons encore et ensemble et qui permettent de décompresser et d'équilibrer une vie de doctorante.

Je dédie ma thèse à des êtres chers et qui sont malheureusement partis trop tôt : mes grands-parents Jacky et Suzanne, Adolphe et Rosette, mon oncle Guytou et ma tante Yolande (tata Yoyo), ma grand-mère de cœur.

Je remercie Yoni, Rudy, Alizée, pour être des frères et sœurs extraordinaires, même si je ne leur montre pas tous les jours.

Je remercie ma petite Alizée d'être aussi marrante et mignonne et de m'avoir accompagné pendant la rédaction de ce mémoire.

Un grand merci à mes belles sœurs, Delphine et Ethel, de leur présence, de leur sourire et de leur disponibilité à mon égard.

Enfin, je remercie du fond du cœur mes parents pour m'avoir toujours encouragée à poursuivre mes rêves et à exercer le métier que je voulais, quelles que soient les difficultés que j'ai rencontrées. Aujourd'hui si je suis arrivée là, vous pouvez en être fier, car c'est principalement grâce à vous et à votre soutien. Merci papa ! Merci maman !

SOMMAIRE

La gouvernance d'entreprise face au respect de la vie privée du salarié

INTRODUCTION.....p.19

Partie 1 : La gouvernance d'entreprise : une entrave à l'exercice de la vie privée du salarié au sein de l'entreprise

Titre 1 : Vers l'élaboration d'un système de gouvernance en phase d'adaptation face au respect de la vie privée du salarié

Chapitre 1 : L'intérêt social de l'entreprise

Section 1 : Une étude « large » des principes de la « gouvernance d'entreprise »

Sous-section 1 : Les principes de gouvernance : en théorie

§ 1 : L'élaboration de la notion de gouvernement d'entreprisep. 31

- A. Les raisons de la mise en place de la notion de gouvernement d'entreprise**
- B. L'élaboration des rapports de gouvernement d'entreprise**

§ 2 : Le gouvernement d'entreprise : pouvoir des actionnaires ou des salariés ?p.36

- A. La nécessité de la recherche d'un équilibre des pouvoirs**
- B. Un pouvoir des actionnaires face à une montée timide des prérogatives des salariés**

Sous – section 2 : Les principes de gouvernances : en pratique

§ 1 : La politique de diversité au sein des « boards »p. 42

- A. Le conseil d'administration**
- B. Les gouvernants et les gouvernés**

§ 2 : Une nouvelle politique de gouvernement d'entreprise : La RSE (responsabilité sociale de l'entreprise)p. 47

A. L'élaboration de la notion de RSE

B. Les moteurs de la RSE

Section 2 : Etude précise des principes de la « gouvernance d'entreprise »

Sous-section 1 : La direction de l'entreprise en fonction des différentes formes d'entreprise

§1 : La direction de l'entreprise : l'adoption du modèle européen ?p. 52

A. Vision européenne : gouvernance d'entreprise

B. Le cas particulier de l'OPA (offre public d'achat)

§2 : Les dirigeantsp. 56

A. La société anonyme

B. La SAS et la SARL

Sous-section 2 : Un focus nécessaire sur les sociétés par action

§ 1 : La SA avec conseil d'administration et directeur général (DG) ou président directeur gl (PDG)p. 63

A. Le conseil d'administration (CA)

B. DG et PDG

§2. La forme dualiste : la SA avec directoire et conseil de surveillancep. 74

A. Le directoire

B. Le conseil de surveillance

Chapitre 2 : Des acteurs essentiels de la gouvernance d'entreprise : employeur et salariés

Section 1 : Une composante essentielle de la gouvernance d'entreprise : Le pouvoir de l'employeur

Sous – section 1 : Une nécessaire conciliation des droits fondamentaux et des pouvoirs de l'employeur

§ 1 : La mise en œuvre d'un équilibre entre les droits fondamentaux du salarié et les pouvoirs de l'employeurp. 84

- A. L'élaboration de la notion de proportionnalité / droit d'équilibre**
- B. La concrétisation de la notion de proportionnalité**

§2 : La remise en cause de l'équilibre entre les droits fondamentaux du salarié et les pouvoirs de l'employeurp. 93

- A. L'incontournable contrôle du juge**
- B. La contractualisation : facteur d'exclusion de la proportionnalité**

Sous – section 2 : Les dérives du pouvoir de l'employeur

§1 : Une atteinte à la santé physique et mentale des salariésp. 100

- A. Une atteinte volontaire à la santé physique et mentale et salariés**
- B. L'atteinte indirecte à la santé physique et mentale des salariés**

§2 : La lutte contre l'atteinte à la santé physique et mentale des salariésp. 108

- A. Un devoir de prévention à la charge de l'employeur**
- B. Un devoir de coercition à la charge de l'employeur**

Section 2 : La présence renforcée des salariés dans les organes de décision de l'entreprise

Sous-section 1 : La présence renforcée des salariés au sein des organes de gestion et de direction

§ 1 : L'élaboration du principe de participation à la gestion de l'entreprisep. 118

- A. Un préalable nécessaire: la validation des dispositions par le Conseil constitutionnel**
- B. Un préalable indispensable : l'information des salariés**

§ 2 : Le renforcement du principe de participation des salariés à la gestion de l'entreprisep. 124

A. L'élaboration d'un système de sanctions à l'encontre de l'employeur en cas de non respect du droit de participation des salariés à la gestion de l'entreprise

B. La Participation directe du salarié à des conditions très précises au sein du conseil d'administration

Sous-section 2 : Le rôle indispensable des institutions représentatives du personnel dans la protection de la vie privée du salarié

§ 1 : La protection de la santé physique et mentale du salarié : le droit d'alertep. 130

A. Le droit d'alerte du délégué du personnel

B. Le droit d'alerte du CHSCT

§2 : La protection des intérêts du salariép. 136

A. La participation des salariés à travers la négociation employeur / organisations syndicales

B. L'incontournable procédure de consultation

Titre 2 : L'exercice de la gouvernance d'entreprise sur le salarié lui-même et sa vie privée.

Chapitre 1 : Un pouvoir controversé de l'employeur sur le salarié

Section 1 : Le pouvoir de l'employeur (ou la direction) sur l'activité du salarié

Sous – section 1 : La surveillance patronale strictement encadré

§ 1 : Le contrôle de l'activité du salarié par l'employeurp. 146

- A. L'élaboration d'une procédure protectrice de la vie privée du salarié :
- B. La justice protectrice de la vie privée du salarié à l'encontre des mesures de contrôle de l'employeur

§ 2 : Le contrôle des documents et correspondances du salariép. 158

- A. La difficile élaboration du système de contrôle des documents et correspondances du salarié
- B. Le système en vigueur à l'heure actuelle

Sous - section 2 : La surveillance patronale légitime au regard des NTIC

§ 1 : La protection de la sécurité de l'entreprise : un usage restreint du matériel professionnel du salariép.171

- A. La sécurité de l'entreprise : une protection contre la cybercriminalité
- B. La nécessaire adoption d'une « politique globale de sécurité »

§ 2 : Le respect du principe de loyauté du salarié : une utilisation « non abusive » du matériel professionnel de l'entreprisep. 178

- A. Le principe de l'utilisation raisonnable
- B. La caractérisation de l'usage abusif du matériel professionnel

Section 2 : Le pouvoir de l'employeur (ou la direction) sur la personne même du salarié

Sous – section 1 : Un pouvoir de contrôle de l'employeur pendant le temps de travail

§ 1 : Une garantie des droits et libertés des salariés : la procédure de contrôlep. 185

- A. Le leitmotiv du respect du principe de proportionnalité
- B. Le respect des étapes de la procédure

§2 : Une garantie renforcée par l'obligation principale sécurité de résultat de l'employeurp. 193

A. L'élaboration d'une politique de prévention en faveur de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur

B. Le respect de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur : les sanctions du salarié

Sous - section 2 : Un pouvoir de contrôle de l'employeur parfois prolongé hors le temps de travail

§ 1 : L'élaboration et l'évolution du principe d'interdiction de sanction de l'employeur sur un fait reposant sur la vie privée du salariép. 200

A. Un historique nécessaire

B. Le raisonnement de la Cour de cassation

§ 2 : L'interdiction de sanction de l'employeur sur un fait reposant sur la vie privée du salarié : un principe atténuép. 203

A. La relativité du principe d'interdiction de sanction : la notion de trouble objectif caractérisé

B. La relativité du principe d'interdiction de sanction disciplinaire : la violation des obligations contractuelles du salarié

Chapitre 2 : Le comportement du salarié au sein de l'entreprise

Section 1 : Le comportement stricte du salarié au sein de l'entreprise

Sous-section 1: Les pouvoirs de l'employeur face au comportement du salarié au sein de l'entreprise et l'état actuel du droit

§1 : La mise en place du respect des notions de libertés individuelles et fondamentales envers les salariésp 215

A. Historique

B. Définition et législation

§2: Un comportement déterminé par la qualification de la notion de liberté individuelle ou liberté fondamentalep 223

A. L'origine de la notion de droits et libertés fondamentales

B. Controverse doctrinale au sujet de la qualification de la liberté de se vêtir : liberté individuelle ou fondamentale ?

Sous – section 2 : Le comportement du salarié guidé par des intérêts supérieurs à respecter

§1 : Le sacrifice de la vie privée des salariés à travers la protection d'intérêts supérieurs.....p. 230

A. La restriction des libertés individuelles et fondamentales des salariés

B. L'appréciation du juge

§2 : Un sacrifice atténué grâce aux aménagements réalisés par l'employeur.....p. 240

A. Les aménagements spatiaux et temporels

B. L'adaptation du règlement intérieur à cet effet

Section 2 : Le comportement du salarié guidé par son contrat de travail

Sous-section 1 : L'élaboration de clauses restrictives de la vie privée du salarié dans son contrat de travail dans une entreprise « classique »

§1 : La procédure d'élaboration des clauses de mobilité et de résidence : en faveur du respect de la vie privée et familiale du salariép. 251

A. Le respect de règles précises lors de l'élaboration des clauses de mobilité et de résidence

B. Le cas particulier de la clause de mobilité : un accompagnement du salarié dans sa démarche de mobilité : un respect de sa vie privée et familiale renforcé

§2 : Le contrôle rigoureux de l'application des clauses de mobilité et de résidence : un respect de la vie privée et familiale du salarié renforcép. 255

A. L'abus dans la mise en œuvre de la clause de mobilité par l'employeur : l'atteinte à la vie privée du salarié

B. L'émergence difficile de l'existence d'un intérêt légitime de l'employeur justifiant la mise en œuvre de la clause

Sous-section 2 : La restriction de la vie privée du salarié dans son contrat de travail dans une entreprise de tendance

§1 : Le cas particulier des entreprises de tendancep. 264

A. La notion d'entreprise de tendance

B. Illustrations jurisprudentielles

§2 : Le cas particulier de l'affaire Baby Loupp. 269

A. Historique

B. Vers la reconnaissance d'une nouvelle qualification : l'entreprise de tendance laïque ?

Partie 2 : La gouvernance d'entreprise : facteur d'entrave d'une vie personnelle et familiale du salarié

Titre 1 : L'immixtion de la gouvernance d'entreprise dans la vie personnelle du salarié

Chapitre 1 : L'impact de la connaissance de la vie personnelle du salarié sur la gouvernance d'entreprise

Section 1 : La connaissance et la détermination de la notion de vie personnelle du salarié

Sous – section 1 : La vie personnelle du salarié stricto sensu

§ 1 : La liberté de choix du domicile du salariép. 277

- A. Le principe du libre choix de son domicile
- B. Le droit de protéger son domicile contre les intrusions patronales

§ 2 : Le principe de la liberté du mariagep. 288

- A. Une atteinte directe au principe de la liberté du mariage : la clause de célibat
- B. Le cas particulier des clauses de caractère propre

Sous – section 2 : L'extension de la vie personnelle du salarié à ses propres activités

§ 1 : La liberté d'expression des salariés sur les réseaux sociauxp. 298

- A. L'abus de la liberté d'expression sur facebook : le licenciement pour motif personnel
- B. Un abus caractérisé de la liberté d'expression sur facebook : le licenciement pour motif disciplinaire

§ 2 : La liberté des relations amoureuses des salariés.....p. 309

- A. La naissance d'une relation amoureuse en entreprise
- B. La gestion de la relation amoureuse en entreprise

Section 2 : L'adaptation de la gouvernance d'entreprise face à la montée des NTIC et leurs répercussions sur le salarié et sa vie privée

Sous-section 1 : La collecte des données à caractère personnel à l'aide des NTIC

§ 1 : Le traitement des données à caractère personnelp. 326

A. La large notion de données à caractère personnel

B. La sélection génétique des salariés à travers la collecte de données via les NTIC

§2 : Le respect du principe de proportionnalitép. 335

A. Transfert de données légitime et non légitime

B. Le cas du transfert de données à l'étranger

Sous-section 2 : Un encadrement nécessaire des limites à la collecte des données personnelles du salarié

§ 1 : Protection interne des données personnelles du salarié à travers la conservation des donnéesp. 342

A. Un traitement sécurisé en entreprise

B. La nomination d'un correspondant informatique et liberté

§ 2 : La protection externe des données personnellesp. 350

A. Le rôle préventif de la CNIL

B. Le pouvoir répressif de la CNIL

Chapitre 2 : L'impact du développement des NTIC sur la vie personnelle du salarié

Section 1 : La gestion de ces informations au sein de l'entreprise

Sous-section 1 : Les obligations nécessaires de l'employeur aux fins de respect de la vie privée des salariés

§1 : L'obligation de déclarationp. 357

- A. Le contenu et le champ d'application de l'obligation de déclaration
- B. Les conséquences du défaut de déclaration

§2 : Les obligations relatives à la collecte des informationsp. 364

- A. L'obligation d'informer
- B. Le principe de loyauté

Sous-section 2 : Le droit de regard du salarié sur les données collectées

§1 : L'accès et la communication des données personnellesp. 368

- A. Le droit d'accès
- B. Les conséquences d'un refus du droit d'accès et de communication

§2 : Le contrôle des informations nominativesp. 373

- A. Le droit de contestation et de rectification
- B. Le droit d'opposition

Section 2 : Une limite de plus en plus floue entre la vie personnelle et la vie professionnelle du salarié

Sous – section 1 : Un impact résultant de l'avènement des NTIC

§1 : LES NTIC : facteur de risque professionnelp. 376

- A. Conséquences sur la santé du salarié
- B. BURN OUT

§2 : Un nouveau procédé en entreprise : Le BYOD (« Bring Your Own Device ») . p. 384

- A. L'apparition de la notion de BYOD
- B. Le contrôle de l'employeur sur le matériel personnel du salarié

Sous-section 2 : Les conséquences sur la vie privée du salarié

§ 1 : Le droit à la déconnexion : un objectif réalisable ?p. 390

A. L'élaboration d'un droit à la déconnexion

B. Une prise d'initiatives indispensable

§2 : L'adoption de nouvelles mesuresp. 396

A. Vers l'élaboration d'une politique plus réaliste en France : la « gestion » de la déconnexion

B. L'apport des NTIC : une nécessaire modification du Code du travail ?

Titre 2 : La gouvernance d'entreprise : un pas vers l'élaboration d'une politique de conciliation vie privée / vie professionnelle

Chapitre 1 : Temps de travail et de repos : vers de nouvelles solutions

Section 1 : Les horaires un facteur déterminant dans la consécration du droit au repos permettant une meilleure conciliation vie privée / vie professionnelle du salarié

Sous-section 1 : Les horaires de travail du salarié : un rôle essentiel dans la conciliation de la vie privée et professionnelle du salarié

§1 : Les horaires légauxp. 406

- A. La durée légale du temps de travail
- B. La durée légale du temps de repos

§ 2 : Les horaires atypiquesp. 411

- A. Le travail de nuit
- B. Le contrat de travail à temps partiel

Sous-section 2 : Une nécessaire adaptation des horaires de travail du salarié : un rôle déterminant dans la conciliation de la vie privée et professionnelle du salarié

§1 : La modification des horaires : un enjeu dans la conciliation vie privée / vie professionnelle du salariép. 418

- A. Une demande de modification des horaires du côté de l'employeur
- B. Une demande fondée de modification des horaires du côté du salarié

§ 2 : Les horaires du salarié : un enjeu dans la conciliation vie privée / professionnelle nécessitant l'adoption de nouvelles dispositionsp. 426

- A. Au niveau des horaires individualisés du salarié
- B. L'adoption de mesures au niveau de l'entreprise

Section 2 : La consécration du « droit d'autonomie » et du « droit à la parentalité » du salarié : vers une meilleure conciliation vie privée / vie professionnelle

Sous-section 1 : L'avènement du droit d'autonomie du salarié via le forfait jour : un système permettant de concilier vie privée et vie professionnelle ?

§1 : L'élaboration du système du forfait jourp. 431

- A. La définition du système du forfait jour
- B. Le système du forfait jour : une politique d'autonomie du salarié

§ 2 : La garantie du respect de la protection physique et mentale du salariép. 437

- A. L'enjeu de la protection de la santé du salarié : une exigence européenne**
- B. Une nécessaire application des exigences conventionnelles au niveau national : un respect de la protection physique et mentale du salarié garanti**

Sous-section 2 : Une meilleure conciliation vie privée / vie professionnelle à travers l'avènement du « droit à la parentalité »

§ 1 : Le travail dominical : une entrave encadrée du « droit à la parentalité »p. 444

- A. L'élaboration du système du travail dominical**
- B. Le travail dominical : des mesures encadrées**

§ 2 : La concrétisation du « droit à la parentalité » à travers le congé parentalp. 454

- A. La difficile élaboration d'un droit à la parentalité**
- B. Vers de nouvelles solutions**

Chapitre 2 : La recherche d'autres moyens

Section 1 : Le phénomène du télétravail

Sous-section 1 : La mise en place difficile du télétravail

§ 1 : L'avènement du télétravailp. 462

A. L'élaboration de la définition du télétravail

B. Les obligations de l'employeur et du télétravailleur

§2 : Le télétravail ou l'avènement d'une limite de plus en plus floue entre la vie privée et la vie professionnelle du salariép. 469

A. L'émergence des difficultés du télétravail

B. Une limite accentuée par la cyber surveillance des télétravailleurs

Sous-section 2 : La protection du télétravailleur à travers les aménagements provoqués par le télétravail

§ 1 : La protection de la santé et de la sécurité du salariép. 476

A. Le respect des conditions d'hygiène et de sécurité

B. Un respect renforcé par le rôle indispensable du CHSCT

§2 : La protection des intérêts supérieurs du télétravailleurp. 482

A. Le respect du domicile du télétravailleur

B. Le principe d'égalité de traitement du télétravailleur et du salarié classique

Section 2 : L'apparition des « codes conduite » et de « bonne conduite »

Sous-section 1 : L'opportunité d'élaborer un Code de bonne conduite : un renforcement de la protection de la vie privée du salarié

§ 1 : La procédure d'introduction du Code de bonne conduitep. 489

A. La soumission au régime du règlement intérieur : un parallélisme nécessaire

B. Une application étendue aux codes de bonne conduite

§ 2 : Une valeur juridique adoptée du Code de conduite ?p. 497

A. La notion d'éthique et de code d'éthique / code de conduite

B. La force juridique des codes d'éthique / codes de conduite

Sous – section 2 : L’opportunité d’élargir la procédure d’ « alerte éthique » aux principes relatifs au respect de la vie privée du salarié

§ 1 : L’élaboration de la notion d’alerte éthiquep. 504

A. L’origine et la définition de la notion d’alerte éthique

B. La « force juridique » de la procédure d’ « alerte éthique »

§ 2 : Le cœur de la procédure d’alerte éthiquep. 509

A. La mise en place technique

B. Le régime de l’alerte éthique

CONCLUSIONp. 515

BIBLIOGRAPHIEp. 521

ANNEXES.....p. 557

RESUME DE LA THESE.....p.561

INTRODUCTION

« La liberté des uns s'arrête là où commence celle des autres », phrase notoire énoncée pour la première fois par Montesquieu dans l'Esprit des lois avant de devenir l'un des principes fondamentaux de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (article 4 de la Constitution du 26 août 1789) et de la Constitution française de 1958. Mais justement, que renferme cette notion de liberté ? Et surtout, en quoi ce fondement même de la liberté est-il si essentiel et si complexe en termes de droit du travail ? C'est en m'interrogeant sur les droits et devoirs du salarié et sur ce principe inaliénable de « liberté », après avoir observé un certain nombre d'employés recourir à des réseaux sociaux pendant leurs heures de travail et en avoir été étonnée, que la question de la vie privée au sein du travail m'est apparue. Comment par exemple limiter cette liberté ou avoir un droit de contrôle sur cette dernière ? Ou comment allier vie privée et vie salariale, voire quelles sont les limites de cette vie privée au sein d'une société ?

L'objectif de cette thèse est donc d'inclure l'intérêt des salariés dans les principes de « gouvernement d'entreprise », et surtout de montrer que la prise en compte de l'intérêt des salariés à travers leur « vie privée » est tout sauf antinomique de l'intérêt économique de l'entreprise.

De plus, de montrer les limites des pouvoirs de la direction face aux salariés et à leur vie privée. Ou encore, de s'interroger sur les limites de la direction à ce sujet et d'identifier les limites ou frontières existant entre « l'acceptable » et « l'inacceptable ».

Nous allons en outre montrer que ce phénomène de « vie privée » s'est amplifié avec l'avènement des NTIC (nouvelles technologies de l'information et de la communication) et de ce fait, il est important d'étudier leur rôle dans ce rapport employeur / salarié / respect de la vie privée de l'employé.

Par ailleurs, une des questions fondamentales ce me semble à se poser, c'est si la montée en puissance des NTIC permet de perturber ce système protecteur de la personne en facilitant les moyens de contrôle et d'investigation de plus en plus poussés de l'employeur et surtout si l'usage et l'essor de ces nouvelles technologies permettent à l'employeur de contrôler encore

plus efficacement la vie privée du salarié afin de la réduire au minimum pour maximiser le profit de l'entreprise.

La vision adoptée généralement au sujet du gouvernement d'entreprise

Généralement, l'intérêt de l'entreprise se focalise uniquement sur l'intérêt de ses actionnaires. Or, il est à noter que la gouvernance de l'entreprise peut tout à fait s'accorder avec la vie privée des salariés, voire que cette coalition peut présenter davantage de bénéfices, tant sur le plan économique qu'humain, pour l'entreprise.

Combien de personnels harcelés, éreintés, censurés dans leur vie privée perdent l'énergie nécessaire à un réel investissement dans le travail ? Cela constitue donc une perte économique, lorsque l'on tient compte notamment des nombreux arrêts maladie. C'est à cet égard et face à ce constat désobligeant, que certaines sociétés, voire des sociétés internationales dont la célèbre Google (dont le chiffre d'affaire s'élève à plus de dix sept milliards de dollars par trimestre) ont jugé nécessaire d'investir sur le plan humain afin de favoriser l'économie de leurs entreprises. On remarque en effet depuis l'effervescence de ce que l'on pourrait appeler « le mal être » au travail, une augmentation du nombre de dépressions, des recours de plus en plus fréquents à des thérapies, de nombreux « burn out » soit une perte considérable en terme de productivité et donc de bénéfices.

Or, sous la pression, le personnel craque et ce phénomène tend à se généraliser dans un grand nombre d'entreprises privées. « Mens sana in corpore sano » disait déjà à cet égard le poète Juvénal dans son Satiricon (Satire X). Combien en effet d'auteurs, de l'antiquité jusqu'à nos jours ont parlé de l'intérêt de « cultiver son jardin » pour cultiver son bonheur personnel (plaisir, jouissance du travail en tant que lutte contre l'oisiveté et dans un désir de productivité et de richesse personnelle). Ainsi, « Patience et longueur de temps font plus que force ni que rage » (La Fontaine, fable du Lion et du Rat). En outre, de nombreux travaux sont conduits aujourd'hui dans le domaine du développement personnel (recherches débutées déjà en 1970 aux Etats-Unis) dont parle fréquemment le docteur Jean-Louis Servan Shreider. L'auteur du roman l'Estime de soi, rappelle à ce sujet, lors d'une émission sur LCI, qu'estime de soi et souci de soi sont au cœur d'une réussite personnelle. Aussi, si l'on élargit cette pensée, cette dernière est corrélative d'une réussite de la société : « Autrefois, il n'était pas bien de s'occuper de soi: c'était du nombrilisme et de l'égoïsme par rapport à nos grands idéaux » puis il poursuit en précisant combien le souci de soi est indissociable du

bonheur personnel et donc d'une réussite professionnelle. En conséquence, « Travailler plus pour gagner plus », certes, mais dans quelles conditions ? » Reposer ce problème du profit et d'une dynamique d'entreprise et de la meilleure stratégie de réussite et de productivité est donc au cœur de notre problématique.

Aussi, toujours dans cette perspective de percevoir les meilleures circonstances à la réussite économique de la société, nous allons étudier le rôle des administrateurs indépendants et se demander notamment si ces derniers ont ou non des répercussions par rapport au respect de la vie privée des salariés.

Nous allons également montrer combien la promotion des actionnaires en défaveur des salariés peut être une stratégie à risque et moins productive en terme économique.

Par ailleurs, est-il nécessaire d'établir des normes protectrices en faveur des salariés dans les principes de gouvernance d'entreprise ?

Reportons-nous quelques instants à cet égard à l'histoire du droit du travail.

L'histoire du droit du travail en réponse à cette question :

L'histoire du droit du travail est pour le moins paradoxale lorsque l'on songe à l'exploitation du salarié au cours du 19^{ème} siècle d'une part, et l'impact idéologique des déclarations de droits de la période révolutionnaire d'autre part.

Le fait est que le travailleur fut largement négligé au cours de cette période, la Révolution ayant plus un caractère politique qu'économique. La seule disposition relative à la protection du salarié fut celle qui marqua le refus de l'aliénation du travailleur à son maître: l'article 19 de la Déclaration de 1793 dispose que "tout homme peut engager ses services, son temps, mais il ne peut pas se vendre lui-même - Sa personne n'est pas une propriété aliénable". L'article 1780 du code Napoléon reprendra cette disposition: "on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée".

Le Code civil réaffirme ainsi qu'il ne saurait y avoir d'asservissement perpétuel d'une personne à une autre. La liberté fondamentale de la personne entraîne le droit de résilier le contrat de louage de services à durée indéterminée (nom donné au contrat de travail dans le code Napoléon), qui ne saurait se transformer en asservissement de la personne pour sa vie entière. Ainsi, le premier droit qui fut conféré au salarié fut celui de se soustraire à l'autorité de son employeur lorsqu'il le souhaite.

L'unique disposition applicable en matière de droit du travail a inévitablement développé la plus grande liberté contractuelle qui soit. Cette disposition avait pour objet fondamental de servir le salarié. L'histoire montrera que cette disposition jouera surtout en sa défaveur puisqu'elle a conduit à l'exploitation du sujet le plus faible par le plus fort.

Jurisprudence et Législateur se sont efforcés de protéger les droits et libertés du salarié. Il s'agit concrètement de déterminer dans quelles limites nous pouvons porter atteinte à la liberté du travailleur en matière de subordination à l'employeur.

La chambre sociale de la Cour de cassation a créé une notion voisine de celle de vie privée : la « vie personnelle ». Très proche de l'idée de zone d'autonomie, elle se distingue toutefois de la vie privée par deux traits essentiels : son assise juridique diffère, tant par sa nature (la vie personnelle est une notion prétorienne, cass soc 14 mai 1997) que par sa force (la vie privée, outre qu'elle est protégée par la loi, bénéficie d'assises juridiques supranationales), et son périmètre est plus étendu (cf notamment P WAQUET, L'entreprise et les libertés du salarié, ed Liaisons, 2003, p 122).

Or nous sommes obligés de considérer que la vie personnelle fait partie intégrante de la vie privée du salarié, donnant au terme de « vie privée » son sens le plus large. Mais curieusement, il est assez remarquable de constater que peu d'auteurs ont établi une nette distinction entre la vie personnelle et la vie privée.

La jurisprudence elle-même a entretenu une certaine confusion (si, à partir de 1997, la notion de vie personnelle a largement supplanté celle de vie privée dans la jurisprudence de la chambre sociale, certains arrêts ont continué de viser expressément le droit au respect de la vie privée. Or, il n'est pas aisé de saisir sur quels critères la Cour opère un choix entre celle des deux notions qu'elle vise).

Par contre, nous pouvons considérer que l'adoption des textes relatifs à la limitation du temps de travail ou aux droits à congés payés des salariés participait déjà d'une recherche d'équilibre entre vie professionnelle et vie privée. Ce fut d'ailleurs la consécration d'une révolution en terme de droit du salarié et de la réelle prise en compte de l'humain inexistante au XIXème siècle où l'ouvrier, esclave de l'entreprise, était considéré comme « objet » de productivité lors de la révolution industrielle et non comme être respectable et surtout humain à part entière. Déshumanisé et esclave de la productivité pour un salaire de misère, la révolution ne s'est guère fait attendre orientant cette fois toute la révolution idéologique du côté cette fois du salarié et du respect de ses droits personnels.

En revanche, qu'en est-il de l'encadrement international cette fois ?

L'encadrement international :

Doté d'une force juridique limitée, la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1948 est cependant l'un des premiers textes internationaux à avoir expressément affirmé le principe d'une protection de la vie privée.

Art 12 : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance (...) » ajoutant que « toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ».

En dépit du caractère très volontaire de ce texte, il aura fallu attendre plus de vingt ans pour que le législateur français instaure une telle protection à travers l'article 9 du Code civil proclamant le droit au respect de la vie privée, introduit par une loi du 17 juillet 1970 (loi n° 70-643, art 22).

Ce dernier aura néanmoins eu le mérite, non négligeable, de faire accéder la vie privée au rang de Droit de l'homme.

Consciente du caractère déclamatoire du texte adopté en 1948, l'Assemblée générale des Nations Unies a voté en 1966 le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (voté le 16 décembre 1966, entré en vigueur en 1976, ratifié par la France en 1980/ Loi n° 80-460 du 25 juin 1980, JO du 1er fév 1981).

L'article 17 de ce pacte reprend par ailleurs la formule utilisée à l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Son apport est donc limité, et ce d'autant plus que le droit français, au moment de la ratification, offrait déjà une protection de la vie privée particulièrement développée et dotée d'assises légales.

C'est dans le cadre européen que les normes internes les plus pertinentes sont apparues. La convention européenne des droits de l'homme, adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950, contient dans son article 8 : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

Il introduit la notion d'atteinte légitime au droit au respect de la vie privée, soulignant qu'il revient à la loi d'organiser le régime de ces atteintes et les limitant à des situations particulières. L'existence de la Cour européenne des droits de l'homme permet en effet de sanctionner les atteintes aux droits proclamés puisque tout salarié, atteint dans sa liberté, a la possibilité de la saisir. Une jurisprudence s'est donc développée qui s'avère éclairante à ce sujet.

Le Conseil de l'Europe mais aussi l'Union européenne s'occupent donc de nos jours de protéger la vie privée dans le cadre des relations de travail.

La Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000 comporte à cet égard un article 7 qui énonce que « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications ».

Enfin, d'un point de vue national, quel encadrement permet au salarié la protection de sa vie privée et de ses droits ?

L'encadrement national :

Le droit au respect de la vie privée ne figure ni dans la Constitution de 1958, ni dans les différents éléments du bloc de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel ne l'ignore cependant pas (Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 : « Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'art 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » ; que la liberté proclamée par cet art implique le respect de la vie privée »).

La jurisprudence française, qui disposait pour ce faire d'un texte général régissant la responsabilité délictuelle, a pu mettre en place dès le début du XIX^{ème} siècle une protection de la vie privée¹.

Ce n'est que le 17 juillet 1970 que le législateur s'est saisi de la notion de vie privée, laissant la jurisprudence en dessiner les contours. Il demeure que la protection de la vie privée peut être considérée comme relativement précoce (Il est vrai que la doctrine anglo-saxonne a théorisé la notion de vie privée à la fin du XIX^{ème} siècle. Toutefois, elle a assis son raisonnement sur une jurisprudence qui ne protégeait pas directement la vie privée. La protection de cette dernière est restée très limitée jusqu'à la fin du XX^{ème} siècle).

C'est l'article 9 du Code civil qui pose notamment le principe de la réparation du dommage né de l'atteinte portée à la vie privée, ainsi que la possibilité de prévenir le dommage par toutes mesures, au besoin prescrites en référé avec le dispositif pénal (art L 226-1 et suivants du Code pénal). Une importance est donc attachée au respect de la vie privée mais elle dénote aussi la difficulté qui existe à en assurer la protection.

¹ exemple: Tribunal civil de la Seine, 16 juin 1858, D. 1858, 3, p. 62 concernant la reproduction de l'image d'un défunt

L'articulation des libertés individuelles (du salarié) et des prérogatives de l'employeur qui découlent de la relation de travail est un sujet de préoccupation pour la doctrine depuis plusieurs décennies. La jurisprudence a elle-même posé les premières pierres d'un régime juridique particulier de la vie privée dans l'espace professionnel.

Le législateur s'est à cet égard saisi de cette question et a introduit différentes dispositions dans le Code du travail qui tendent à affirmer le droit des salariés au respect de leurs libertés individuelles ou à concilier ces dernières avec l'exercice des pouvoirs de l'employeur.

Le droit au respect de la vie privée n'est en effet pas un droit absolu, aussi est-il nécessaire de le concilier avec les autres intérêts auxquels il se heurte. Or, dans le domaine de la gouvernance d'entreprise, ils ne manquent pas : pouvoir de direction, pouvoir disciplinaire. Le problème étant que la notion de vie privée n'est pas précisément délimitée. Aussi est-il important de déterminer si le temps et le lieu de travail sont compatibles avec cette naissance. À cette question, la jurisprudence semble répondre par l'affirmative. Or la doctrine, si l'on s'en tient stricto sensu à elle, tend à répondre par la négative.

Une position devra donc être prise si les employeurs souhaitent œuvrer au maximum pour la productivité de leur entreprise.

Il est à constater cependant que la multiplication des normes applicables est source d'un manque de clarté. Le droit du travail ne montre pas une cohérence absolue en matière de droit des salariés au respect de leur vie privée. La possibilité d'une simplification du mode de conciliation du droit au respect de la vie privée et des prérogatives de l'employeur doit, par conséquent, rester présente à l'esprit.

Circonscrire la vie privée ?

Circonscrire la vie privée dans le champ de la gouvernance d'entreprise ne peut être conduit qu'en gardant présent à l'esprit l'impératif de conciliation de la protection due au salarié et la préservation de la faculté de l'employeur d'exercer son activité dans des conditions normales.

A cet égard, deux positions peuvent être prises : considérer qu'en l'état actuel du droit un équilibre existe entre ces deux intérêts ou, à l'inverse, estimer qu'il n'existe pas.

Dans ce dernier cas, il faut prendre position sur le sens du déséquilibre.

Si la question est simple, la réponse reste elle délicate et relève, pour une large part, de l'appréciation de chacun.

Si un déséquilibre existe, c'est en partie en raison d'une confusion entre les espaces professionnel et extra-professionnel. Certains auteurs considèrent aujourd'hui qu'il n'est plus possible de tracer une frontière précise.

Cette confusion, selon eux, trouve sa source dans l'introduction au sein des entreprises des NTIC (nouvelles technologies de l'information et de la communication). Or cet argument n'est pas tout à fait convaincant car ce phénomène préexistait à l'apparition de l'outil informatique. Aussi, d'où provient-elle si ce n'est de la préexistence chez chaque individu de l'importance de sa vie personnelle avant sa vie professionnelle : l'être et son bonheur personnel étant avant tout au cœur de la préoccupation de chacun (vie familiale, vie amoureuse).

Or, il faut réussir à concilier ces deux intérêts antagonistes. Toutefois, sont-ils vraiment si antagonistes ? Ne peut-on pas trouver un équilibre bénéfique à la fois à l'humain en tant que tel et à sa vie privée qu'à l'entreprise ? Au lieu de percevoir cet aspect comme une « perte de temps », ou comme la cause d'un déficit de l'entreprise, ne peut-il pas être au contraire une dynamique permettant, si un cadre reste fixé légitimement, un gain pour l'entreprise ? Le salarié ne sera-t-il pas en mesure de « travailler plus pour faire gagner plus » à l'entreprise ?

L'importance du bien-être salarié pour une réussite de l'entreprise :

Aujourd'hui, comme nous l'avons signifié précédemment, le bien-être du salarié est au cœur de la problématique du travail, d'où les stratégies de développement personnel adoptées par certaines multinationales (salle de détente, salles de musculation, relaxation, intégration de psychologues au sein des entreprises, développement de l'estime personnelle du salarié par des promotions de grade, ou encore, adaptation des horaires de travail avec une forme de flexibilité afin que l'employé se sente encadré, reconnu et dans des conditions optimales pour exécuter au mieux les missions qui lui sont incombées).

Aussi, le bien-être du salarié au travail qui passe nécessairement par un respect de sa vie privée est – il si antagoniste de la santé économique de l'entreprise ?

Non, il ne semble pas. En revanche, l'important est d'être en mesure de concilier les prérogatives de l'employeur avec celles du salarié afin de conserver un équilibre au sein de l'entreprise. A cet égard, la Cour de cassation, consciente du problème, admet qu'il est possible d'accorder un certain temps à la vie privée de l'employé sur son lieu de travail, dans la mesure où ce dernier reste relativement circonscrit et infime.

L'objet du droit du travail est bien évidemment, avant tout, la relation employeur/employé, laquelle se trouve en prise directe avec la vie économique et sociale dont elle est largement tributaire. « Une relation de travail est indissolublement économique et sociale ». Or, la vie économique et sociale présente plusieurs traits caractéristiques qui ne sont pas sans incidence sur la norme juridique propre à la réglementer.

À ce sujet, le droit du travail contemporain est marqué par « l'expansion des droits attachés à la personne du salarié » dans le monde du travail.

Nous pouvons en effet assister au passage du phénomène de « salarié citoyen à citoyen salarié ». Aussi, à l'inverse de l'absence de considération du facteur humain au XIX^{ème} siècle, nous sommes passés à une prise en considération nécessaire et grandissante de l'être au sein de son travail afin de mener la meilleure stratégie économique et la meilleure politique de productivité. Mais actuellement, dans cette période croissante de crise et de chômage, l'analyse est elle toujours aussi optimiste et « optimisante » ?

Afin de répondre aux problématiques susvisées, il est nécessaire de confronter en premier lieu la gouvernance d'entreprise avec le respect de la vie privée du salarié au sein de l'entreprise (Partie 1), puis en second lieu en dehors de celle-ci (Partie 2).

Partie 1: La gouvernance d'entreprise : une entrave à l'exercice de la vie privée du salarié au sein de l'entreprise

1 La première partie de cette thèse consiste donc en l'étude approfondie de l'exercice de la vie privée du salarié sur son lieu de travail.

En effet, la vie privée du salarié, ou de tout individu en général s'exerce à tout moment de sa journée, que ce soit sur son lieu de travail ou en dehors de ce dernier.

En revanche, nous allons voir que l'exercice de cette vie privée en entreprise connaît un régime particulier :

-au travers, en premier lieu, de l'élaboration d'un système de gouvernance en phase d'adaptation face au respect de la vie privée du salarié (Titre 1) et en second lieu, à travers l'approfondissement de l'exercice de la gouvernance d'entreprise sur le salarié lui-même et sa vie privée (Titre 2).

Titre 1: Vers l'élaboration d'un système de gouvernance en phase d'adaptation face au respect de la vie privée

2 Un système de gouvernance repose sur deux points différents :

Tout d'abord l'intérêt social de l'entreprise (Chapitre 1) qui ne connaît à l'heure actuelle aucune définition légale. D'un côté, certains auteurs évoquent strictement « l'intérêt des actionnaires », de l'autre, d'autres auteurs évoquent un ensemble d'intérêts, à savoir ceux des salariés, des créanciers, des clients, des fournisseurs ...

Notre objectif est donc de mettre l'accent sur l'intérêt des salariés à travers leur vie privée, qui a été « négligé » depuis de nombreuses années lorsque l'on fait référence à la gouvernance d'entreprise.

Puis, le fait qu'un système de gouvernance d'entreprise met en jeu des acteurs essentiels : à savoir ceux de l'employeur et des salariés (Chapitre 2).

L'objectif des développements suivants est ainsi d'étudier leurs rôles, afin d'établir un équilibre nécessaire entre ces deux acteurs, qui, nous allons le voir, est capable de servir les deux intérêts en question, qui sont tout sauf antinomiques.

Chapitre 1: L'intérêt social de l'entreprise

L'intérêt social de l'entreprise à travers une direction relative aux principes de la « gouvernance » doit faire l'objet en premier lieu d'une étude assez « large » (Section 1) afin de comprendre ses principaux rouages, pour ensuite réaliser une étude « approfondie » (Section 2).

Section 1 : Une étude « large » des principes de la « gouvernance d'entreprise »

3 « C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser : il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait ? La vertu même a besoin de limites. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »².

Nous allons décrire les mécanismes de la stricte « gouvernance d'entreprise » dans ladite section, même si cette thèse ne va pas les étayer d'autant plus.

En effet, il s'agira plutôt de confronter les prises de décisions et directives de la direction de l'entreprise, à savoir les organes dirigeants à l'encontre des salariés, leurs libertés fondamentales, et en particulier leur vie privée.

Pour ce faire, il convient en premier lieu de décrire la direction de l'entreprise, d'expliquer comment fonctionne les instances de direction d'une entreprise via le modèle de la « gouvernance d'entreprise » (Sous-section 1), pour après analyser comment ces mêmes principes en question s'appliquent en pratique (Sous-section 2).

² L'Esprit des Lois, Livre XI, Chapitre 4, Montesquieu

Sous-section 1 : Les principes de gouvernance : en théorie

4 Le terme gouvernance provient du moyen âge (le terme étant usité dans certaines villes des Flandres). Il était censé représenter une juridiction ayant un gouverneur à sa tête. Puis cette notion a été importée en Angleterre où il a été anglicisé sous le terme « governance ». Il s'agit alors d'une « *quête permanente d'un meilleur système de gestion des hommes et des ressources* »³.

Sous l'impulsion de la crise de 1929, deux économistes Berle et Means ont distingué la **propriété du capital** qui appartient aux **actionnaires**, avec la **direction de l'entreprise** qui revient aux **managers**.

La direction managériale et capitaliste sont liées. En effet, une bonne direction managériale peut avoir une bonne influence sur la santé économique de la société, à savoir son capital.

Les américains ont créé à cet égard le SEC (Securities and Exchange Commission) afin de lutter contre les « pratiques [managériale et capitaliste] douteuses ».

5 Aussi, dans cette perspective, il est nécessaire d'étudier en premier lieu de quelle manière cette notion de gouvernance ou gouvernement d'entreprise a été mise en place (§1) pour après identifier les acteurs qui sont le plus exposé (§2) et, dans cette lignée, s'il est nécessaire d'accorder ou non une place de plus en plus importante aux salariés.

§ 1 : L'élaboration de la notion de gouvernement d'entreprise

6 L'élaboration de la corporate governance a pour finalité :

- « d'améliorer le fonctionnement des conseils d'administration » et,
- de « promouvoir la transparence au sein des entreprises ».

Jean-Jacques GAUSSAIN parle d'un objectif de « **démocratie d'actionnaires** ».

Le terme « gouvernance » représente l'organisation et l'exercice des pouvoirs de la direction, ainsi que les pouvoirs du comité d'administration et des dirigeants, le fonctionnement du conseil, l'objet de sa mission, les droits des actionnaires, les relations entre conseil et actionnaires.

³ Le gouvernement d'entreprise, le pouvoir rendu aux actionnaires, Jean-Jacques GAUSSAIN

La notion de gouvernement d'entreprise a vu le jour pour plusieurs raisons (A) qui ont permis par la suite d'établir de nombreux rapports entre ces différents acteurs du gouvernement d'entreprise (B).

A. Les raisons de la mise en place de la notion de gouvernement d'entreprise

7 Cette notion a fait son apparition le lendemain des « scandales financiers » et en particulier de la faillite de la société ENRON (fin 2001, importante société américaine qui a « masqué ses déficits en falsifiant ses comptes grâce à la connivence de certains professionnels »).

Puis l'élaboration aux Etats-Unis de la loi Sarbanes-Oxley du 31 juillet 2002 ayant apporté une réelle signification à la notion de gouvernance d'entreprise : avec de « nouvelles règles de comptabilité, de transparence financière, d'alerte et de contrôle aux sociétés cotées sur le marché boursier américain ».

Ces dispositions se sont développées vers les pays européens dont la France.

Le RSE (responsabilité sociale des entreprises) qui est un « concept dans lequel les entreprises intègrent les préoccupations **sociales**, environnementales, et économiques dans leurs activités et dans leurs interactions avec leurs parties prenantes sur une base volontaire »⁴, désapprouve toutes les mesures de gouvernance d'entreprise qui ont un « seul et unique objectif d'ordre financier »⁵.

La « Corporate Governance » doit être fondée sur une conception de « pouvoirs séparés », il doit en effet toujours exister un pouvoir qui pourrait contrebalancer l'autre, avec les salariés d'un côté et les actionnaires de l'autre.

Le phénomène a fait son apparition en France à cause du phénomène de la mondialisation et des sociétés multinationales. En effet, les sociétés composant l'indice du CAC 40, « réalise les trois quarts de leur chiffre d'affaires à l'étranger ». De plus, ce sont des investisseurs étrangers qui détiennent plus de 50% du capital de ces sociétés.

Les textes qui sont à l'origine des principes de gouvernance d'entreprise sont :

- The Principles of corporate governance aux Etats-Unis et
- The Cadbury Report au Royaume Uni.

⁴ Selon la Commission européenne, définition Livret vert (Commission Green Paper 2001 "Promoting a European Framework for Corporate Social Responsibility")

⁵ Liens entre la RSE et la gouvernance d'entreprise, Le Lamy sociétés commerciales - 2015

8 Puis les rapports Viénot I en juillet 1995, Viénot II en 1998 et Bouton en 2002 ont fait leur apparition en France.

Ces rapports ont été rassemblés à travers un code français du gouvernement d'entreprise, intitulé : « Le gouvernement d'entreprise des sociétés cotées ».

Jean-Jacques CAUSSAIN, affirme que la « corporate governance » a pour objectif « la maximisation de la valeur actionnariale (shareholder value) tout en assurant le meilleur fonctionnement possible des organes de la société (dirigeants, conseil d'administration et actionnaires), ainsi que le respect de la transparence à l'égard des actionnaires et la prise en considération des parties prenantes »⁶.

Toutefois, la « corporate governance » concerne ici uniquement les sociétés cotées.

En français, nous le traduirons par « gouvernement d'entreprise », cependant, nous allons, de notre point de vue, l'élargir à toutes les entreprises et particulièrement au mode de fonctionnement des organes dirigeants.

Le terme « gouvernement » fait tout d'abord supposer qu'il y a des « gouvernés » et des « gouvernants ».

Quant à la politique des « gouvernants », elle devient de plus en plus transparente par rapport aux « gouvernés ».

Aussi, plusieurs groupes de travail ont ainsi été élaborés afin d'améliorer la notion de gouvernement d'entreprise, ce qui nous amène directement à l'étude des rapports de gouvernement d'entreprise (B).

B. L'élaboration des rapports de gouvernement d'entreprise

Faut-il chercher la solution dans le droit positif ? ou faut – il instaurer de nouvelles lois ? Telle est la question que l'on peut se poser

9 Pour le comité Viénot, il faut chercher la solution dans les dispositions existantes du droit des sociétés.

⁶ Gouvernement d'entreprise, le pouvoir rendu aux actionnaires, Jean-Jacques CAUSSAIN

De plus, ce comité insiste sur l'intérêt social et précise qu'il s'agit de « *l'intérêt supérieur de la personne morale elle même, c'est – à - dire l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun qui est d'assurer la prospérité de l'entreprise* ».

C'est l'intérêt général de la société qui doit guider les actes des administrateurs et non l'intérêt des actionnaires (à savoir un intérêt exclusivement économique).

Nous allons ainsi chercher à faire primer l'intérêt des salariés, et montrer que l'intérêt porté aux salariés n'est pas antinomique de l'intérêt économique de la société.

10 A contrario, dans les pays anglo-saxons c'est l'intérêt des actionnaires qui guide la politique de la gouvernance d'entreprise. Nonobstant, est-ce la meilleure des stratégies ? La question mérite en effet de s'y attarder.

Certains auteurs français, en se fondant sur l'article 1833 du Code civil : « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés* », prône la théorie de la prééminence du l'intérêt des associés, à savoir un intérêt économique basé sur la notion d'enrichissement.

11 Dans ses propositions, le comité rajoute qu'il est nécessaire de nommer deux administrateurs indépendants : « *une personne qui est dénuée de tout lien d'I direct ou indirect avec la société ou les sociétés de son groupe et qui peut ainsi être réputée participer en toute objectivité aux travaux du conseil : il doit ainsi n'être ni salarié, ni président ou directeur général de la société ou d'une société de son groupe ni ne l'être plus depuis une période suffisante qui est d'au moins trois ans ; n'être pas un actionnaire important de la société ou d'une société de son groupe ni être lié de quelque manière que ce soit à un tel actionnaire ; n'être enfin pas lié de quelque manière que ce soit à un partenaire significatif et habituel, commercial ou financier, de la société ou des sociétés de son groupe* ».

Il s'agit d'une personne qui peut participer aux décisions de la société en toute objectivité, nous pouvons alors utiliser la formule d'« intermédiaire » ou de « médiateur » entre l'employeur et les salariés.

12 Etant des « professionnels indépendants », ces administrateurs ne font donc l'objet d'aucun conflit d'intérêt, ce qui permet un équilibre certain quant au rapport

employeur/salarié. Ces derniers se doivent d'être à la fois indépendants mais aussi compétents dans leur domaine.

13 De plus, le comité insiste sur l'opportunité de mettre en place des comités spécialisés afin d'assister le conseil et de participer aux décisions de l'entreprise.

Ce comité composé de 3 à 5 membres a la possibilité de faire des propositions au conseil.

Le rapport Viénot a rédigé une « charte de l'administrateur » contenant les droits et les devoirs de l'administrateur d'une société cotée, dont le devoir est d'« agir en toutes circonstances dans l'intérêt social de l'entreprise ».

14 Le rapport Marini, quant à lui, recommande de séparer la fonction de président avec celle de directeur général.

Ce rapport n'est pas favorable à une élaboration législative de l'institution d'administrateurs indépendants. Il s'agit du rôle direct des acteurs qui ne doit pas passer par des dispositions législatives. Le rapport Bouton, lui, insiste sur l'importance d'avoir un conseil qui peut mêler compétence, expérience et indépendance en faveur de l'intérêt social de l'entreprise.

Il apporte une nouvelle définition de l'administrateur, plus simple que celle du rapport Viénot I, à savoir : « *Un administrateur est indépendant lorsqu'il n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société et son groupe ou sa direction, qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement* ».

Il propose aussi d'augmenter le nombre d'administrateurs indépendants : d'un tiers par le rapport Viénot II à la moitié des membres du conseil.

Cet accent posé sur l'indépendance de l'administrateur est important pour les décisions de la direction qui auraient une incidence sur le respect de la vie privée du salarié.

15 Enfin, il est nécessaire d'évaluer régulièrement les activités du conseil, (au moins tous les trois ans).

Le rapport de l'Institut Montaigne intitulé : « Mieux gouverner l'entreprise » a publié des mesures intéressantes, à savoir vingt deux propositions de « bonnes pratiques » du gouvernement d'entreprise.

Il propose une codification des mesures de « bonnes pratiques » du gouvernement d'entreprise. Au sujet des sociétés cotées, l'AMF se devra de vérifier a posteriori si lesdites sociétés ont adhéré aux principes dudit Code.

16 Puis, la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 relative à la sécurité financière (loi LSF) modifie quelques points de la loi NRE, et impose de nouvelles mesures relatives au gouvernement d'entreprise.

Outre la réalisation des rapports Viénot et Bouton régents par l'AFEP et le MEDEF, d'autres mesures ont été élaborées, à savoir la construction d'un groupe de travail sous la présidence de Monsieur Claude BEBEAR, dont le premier porte sur « la gouvernance des sociétés commerciales ».

Le Cercle des économistes, à travers de nombreux travaux, a participé quant à lui, à l'évolution du gouvernement d'entreprise. Nous retiendrons notamment, à cet égard, la publication du cahier sur le gouvernement d'entreprise en mai 2003.

L'ensemble de ces travaux s'est aussi centré sur la notion essentielle du pouvoir au sein du système du gouvernement d'entreprise (§2).

§ 2 : Le gouvernement d'entreprise : pouvoir des actionnaires ou des salariés ?

17 L'élaboration du pouvoir passe en premier lieu par la recherche d'un équilibre entre les pouvoirs des actionnaires, longtemps mis en avant, et des salariés (A), et par la difficile montée en puissance des intérêts des salariés face à eux des actionnaires (B), qui pourraient se rejoindre.

A. La nécessité de la recherche d'un équilibre des pouvoirs

18 C'est la loi NRE n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations, qui va mettre en œuvre les principes du gouvernement d'entreprise :

- une nouvelle définition des attributions du conseil,
- une dissociation optionnelle des fonctions de présidence du conseil et de direction générale,
- une amélioration du fonctionnement des organes de direction et
- un renforcement des droits des actionnaires.

19 Il existe trois types de système d'organisation des pouvoirs de direction et de contrôle d'une société anonyme :

- le système moniste : une dissociation s'opère au sein du système moniste, à savoir le cumul ou la dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de celles de directeur général.
- le système dualiste : composé d'un directoire et d'un conseil de surveillance.

20 Deux systèmes permettent donc d'instaurer un équilibre des pouvoirs :

- le système moniste : avec un conseil d'administration qui réunit des « *executive* » et des « *non executive directors* ».

Les « *executive directors* » sont composés du directeur général, du directeur général délégué, des administrateurs titulaires d'une fonction de responsabilité salariée dans l'entreprise.

Quant aux « *non executive directors* », ils sont composés du président du conseil d'administration (quand il n'est pas directeur général), ainsi que des administrateurs qui ne sont ni salarié, ni directeur général ou directeur général délégué.

Le conseil d'administration s'occupe de tout ce qui concerne la « **bonne marche de la vie de la société** ».

- le système dualiste, mis en place par la loi du 24 juillet 1966, où les sociétés adoptant ce type de structure sont composées d'un directoire et d'un conseil de surveillance qui gère la société via le directoire.

Les actionnaires et les tiers doivent être informés du mode d'organisation des pouvoirs choisis pour diriger la société.

Il est nécessaire de savoir que le système moniste est celui qui est le plus usité par les entreprises du CAC 40, même si certaines d'entre elles, dont Aventis, AXA, PSA, PPR (devenu KERING)... etc ont choisi le système dualiste.

Certains auteurs ont affirmé que le système dualiste permet de répartir plus facilement les pouvoirs de direction et de contrôle et que les principes du gouvernement d'entreprise s'accommodent d'autant plus audit système dualiste.

Ces deux systèmes seront d'ailleurs détaillés dans la section suivante.

La loi tente tant bien que mal d'établir un « équilibre des pouvoirs » entre les « organes dirigeants » de l'entreprise, à savoir : le PDG et le conseil d'administration.

Citons un des titres des chapitres de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 : « *Au président ou au directeur général sous la responsabilité du premier, la fonction de direction ; Au conseil d'administration, celle de leur contrôle selon les principes de la fameuse 'Corporate Governance' ».*

21 L'intérêt social :

Qu'entend-on d'ordinaire par intérêt social ? S'agit-il de l'intérêt des actionnaires ? ou de l'intérêt de l'entreprise ?

A ce sujet, ne peut-on pas élaborer une nouvelle définition en incluant l'intérêt des salariés ?

Les associations d'actionnaires et d'épargnants privilégient habituellement l'intérêt des actionnaires. Les syndicats patronaux quant à eux adoptent une « large notion » de l'intérêt social.

De même pour les syndicats ouvriers qui privilégient une « large interprétation ».

22 Le droit positif, quant à lui, insiste sur la notion de personnalité morale de la société, et la distingue de l'intérêt des associés, qui doit, lui, rester au second plan.

Ce dernier privilégie avant tout « l'être moral au-delà de l'intérêt des seuls actionnaires ».

Cependant, d'autres intérêts doivent être considérés en plus de ceux des actionnaires.

Quant aux petites sociétés, l'intérêt social de l'entreprise comprend l'intérêt de la personne morale mais aussi celui des associés.

En revanche, dans tout cela, qu'en est-il véritablement de l'intérêt des salariés ? (B)

B. Un pouvoir des actionnaires face à une montée timide des prérogatives des salariés

23 Le 5^{ème} rapport de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise a instauré d'autres mesures :

- le conseil d'administration et le comité doit fonctionner sur le principe de la transparence,

A l'heure actuelle, environ 70% des sociétés réalisent un inventaire de leur activité ;

Il est nécessaire que les participants aux réunions du conseil d'administration déterminent les sujets qui font l'objet desdites réunions.

Certaines sociétés estiment qu'il serait nécessaire d'élaborer un règlement intérieur du conseil d'administration. L'AMF préconise d'annexer ce règlement au rapport mais aussi de le positionner sur l'intranet de l'entreprise.

24 Les premières discussions relatives au gouvernement d'entreprise visaient à restituer « le pouvoir aux actionnaires ».

Certaines propositions prenant appui sur le système des « *checks and balances* » visaient à distinguer deux catégories d'administrateurs au sein du même conseil d'administration, à savoir d'un côté les « executive directors » et de l'autre les « non executive directors ».

Les « executive directors » sont censés faire partie de l'encadrement de l'entreprise en ayant un rôle actif dans toutes les décisions managériales, puis les « non executive directors » qui ne participent pas au « management » de l'entreprise mais qui ont un rôle de défense de l'intérêt des actionnaires.

25 Toujours dans un objectif de « pouvoir des actionnaires » : le colloque « corporate governance et gouvernement d'entreprise » propose de dissocier les fonctions de « Charman of the Board » (président du conseil d'administration) et celles de « Chief executive Officer » (directeur général).

Enfin, ce colloque propose d'instaurer des comités spécialisés, (composés en majorité d'administrateurs indépendants) dans plusieurs domaines, à savoir :

- le comité d'audit, chargé du contrôle des comptes,
- le comité de nomination, afin de sélectionner les futurs administrateurs et dirigeants,
- le comité des rémunérations, dont la mission consiste à « contrôler le montant des rémunérations et avantages ».

Le colloque insiste sur l'importance de donner des moyens d'information et plus de pouvoirs aux actionnaires.

Dans ce sens, nous avons pu voir, en 2003, dans le quotidien « Les Echos » : « *Bruxelles veut moderniser le droit des sociétés et la gouvernance des entreprises* », pour cela Bruxelles adopte le rapport de M. Fritz BOLKESTEIN, afin de « renforcer les droits des actionnaires ».

26 L'auteur Jean-Jacques CAUSSAIN, affirme que la réglementation du gouvernement d'entreprise a pour objectif d'accorder plus de pouvoir aux actionnaires (propriétaires de l'entreprise) tout en imposant à la direction de l'entreprise une certaine « transparence » dans les décisions et la prise de décision.

Les dirigeants et administrateurs doivent adopter un « bon comportement », nous pouvons évoquer les termes de « duty of loyalty » et « duty of care », qui signifient : « obligation d'objectivité, de transparence et de diligence ».

Il faut savoir que la vision anglo-saxonne de la corporate governance avait pour objectif de favoriser l'intérêt des actionnaires, il s'agissait en effet d' « améliorer » la « shareholder value ».

Les juristes tentent tant bien que mal d'allier « droit et démocratie », de trouver une réglementation qui permette d'élaborer une démocratie d'entreprise des actionnaires.

Cette idée de « démocratie d'entreprise » remonte aux années soixante, avec le bâtonnier R.W. THORP qui a décidé de rassembler des juristes à cet effet.

Toutes les actions encadrant le « droit et la démocratie » font partie intégrante du domaine des droits de l'homme et de ce fait, a sa place au sein de la Commission nationale consultative des droits de l'homme depuis 1983.

Mais justement, nous pouvons nous demander pour quelle raison le thème de la démocratie à travers le gouvernement d'entreprise a surgi.

Il faut savoir qu'environ un cinquième de la population a investi dans de nombreuses entreprises, à ce titre, ils ont le droit de pouvoir débattre de toutes les questions relatives à la direction de l'entreprise.

La participation de ces « investisseurs » aux problématiques du gouvernement d'entreprise a fait l'objet de nombreuses discussions. Des moyens doivent être mis en place pour qu' « ils se fassent entendre », ou sinon rétablir l'équité de ces actionnaires.

Les investisseurs ont une envie grandissante de « se faire entendre » et de « faire valoir leurs droits » au sein de la société.

27 Sous les instructions des rapports Viénot et de la C.O.B, une amélioration de la déontologie du comportement des dirigeants mais aussi des membres du conseil d'administration doit être élaborée tout en passant par une réglementation.

L'importance des salariés au cœur des problématiques actuelles :

28 Une entreprise est une communauté d'intérêts contenant en plus grande partie des salariés.

Ces derniers doivent avoir un rôle essentiel dans les décisions de l'entreprise, étant donné que tout événement qui a une incidence sur le capital de l'entreprise, a une incidence sur les conditions de travail du salarié qui peuvent aussi avoir des incidences sur la vie privée du salarié en entreprise et hors de l'entreprise.

Notons tout de même la présence de certaines dispositions législatives qui protègent les salariés en cas de changement de contrôle de l'entreprise (article L 433-1-1 du Code monétaire et financier, introduit par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 et modifié par la loi L n° 2003-706 du 1^{er} août 2003).

De plus, l'article L 1224-1 du Code du travail impose au nouvel acquéreur de l'entreprise de maintenir les contrats de travail en cours.

29 Par ailleurs, le gouvernement d'entreprise doit suivre la règle du « comply or explain » à travers son code, c'est-à-dire qu'il doit soit appliquer les règles en question, soit expliquer pourquoi il ne peut pas les appliquer.

C'est la Commission sur le droit européen des sociétés et la gouvernance d'entreprise⁷ qui a élaboré ce principe, dans son article 20 de la directive UE n° 2013/34 (du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises).

30 La directive n° 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains grands groupes consacre plusieurs principes concernant le gouvernement d'entreprise.

31 La règle « report ou explain » représente l'une des importantes facettes du gouvernement d'entreprise, située à l'article 19 bis, §1, alinéa 2.

⁷ RLDA 2013/78, n° 4386

Dès lors qu'une entreprise n'appliquera pas de « politique en ce qui concerne l'une ou plusieurs des questions environnementales, **sociales, de personnel, de respect des droits de l'Homme** et de lutte contre la corruption », elle devra fournir des **explications**.

Certains auteurs le qualifient de « tout déclaratoire » ou de « reporting à la carte »

32 Un choix lié essentiellement à l'activité de l'entreprise permettra une telle latitude et s'accordera logiquement avec les contraintes du reporting non financier qui n'ont pas toutes le même sens, la même acuité, le même intérêt de façon objective pour toutes les entreprises. Ce « tout déclaratoire » organisé sous l'angle de la souplesse de la règle, ce reporting « à la carte » ont leur contrepartie dans la règle « report or explain ».

Rien n'est précisé sur les « censeurs » qui devront se charger de cette explication, à savoir les membres du conseil d'administration ou de surveillance.

Or, on peut se demander s'il ne serait pas judicieux justement de prévoir un « contrôle de la pertinence des explications » fournies ?

Certains auteurs préconisent de recourir à une autorité telle un « haut comité des sages » afin de vérifier les explications précisées.

De plus, le président « devra rendre des comptes sur les procédures de gestion des risques mises en place ».

Les principes étant étayés, il est nécessaire d'étudier leur réelle application (Sous-section 2).

Sous – section 2 : Les principes de gouvernances : en pratique

L'ensemble de la direction de l'entreprise, plus communément appelée « boards » connaît une certaine diversité (§1), qui peut évoluer à travers une nouvelle politique de direction de l'entreprise, à savoir la RSE (Responsabilité Sociale de l'Entreprise) (§2).

§ 1 : La politique de diversité au sein des « boards »

Il est important que le gouvernement d'entreprise repose sur une réglementation précise et coercitive afin d'être respecté le plus possible.

Cette politique de diversité au sein de la direction de l'entreprise repose en premier lieu sur le conseil d'administration (A) et en second lieu sur les gouvernants et gouvernés (B).

A. Le conseil d'administration

33 La loi NRE réduit le nombre maximal d'administrateurs, celui-ci est fixé à 18, et à 24 en cas de fusion. De même, le nombre de mandats est abaissé : « *une personne physique ne peut exercer simultanément plus de 5 mandats d'administrateur de sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français* ».

Mais cette restriction ne concerne pas les mandats des sociétés contrôlées.

Aussi, un système de « démission d'office » a été élaboré pour le dernier mandat ou pour un mandat irrégulier.

34 A l'origine « *le conseil d'administration était investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société...* »⁸.

Désormais à travers l'intitulé « du conseil d'administration de la direction générale », les fonctions du conseil d'administration et de la direction générale sont séparées.

Le conseil d'administration se borne à « exercer un contrôle permanent de la gestion de la société » par le directeur général et à « opérer les vérifications et les contrôles jugés opportun ».

Il détermine aussi « les orientations de l'activité de la société », de ce fait, il ne s'agit pas seulement d'une mission de surveillance.

35 Ce sont les statuts de la société qui déterminent les « règles relatives à la convocation et aux délibérations du conseil d'administration ».

La loi étant « méfiante » à l'égard du conseil d'administration, celle-ci prévoit qu'une absence de réunion depuis plus de deux mois laisse la possibilité à un membre du conseil d'administration ou un tiers de provoquer ladite réunion. La notion de tiers n'étant pas précisée, nous pouvons en déduire qu'il peut s'agir d'un salarié.

36 Au niveau de la direction générale de la société, soit la même personne cumule les fonctions de directeur général et de président du conseil d'administration (président directeur général), soit ces deux fonctions sont dissociées.

Le conseil d'administration, à travers ses statuts, détermine la forme de direction de l'entreprise. Les actionnaires et les tiers doivent en être informés.

⁸ Article L 225-35, x article 98 de la loi de 1966

Le conseil d'administration a notamment le pouvoir de révoquer « à tout moment » le directeur général.

37 L'article L 225-54-1 du Code de commerce dispose qu' « *Une personne physique ne peut exercer simultanément plus d'un mandat de directeur général de sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français* ».

Cette disposition permet de satisfaire et de protéger l'ensemble des salariés, en effet, il est préférable de modifier régulièrement la personne à la tête de la direction.

La société anonyme de type dualiste, avec directoire et conseil de surveillance, repose sur une séparation des pouvoirs. De même que pour la SA (société anonyme) classique et le mandat de directeur général, l'article L 225-67 du Code du commerce dispose qu' « *Une personne physique ne peut exercer plus d'un mandat de membre du directoire ou de directeur général unique de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire français* ».

38 Ce renouvellement des membres de la direction permet ainsi de satisfaire les intérêts des salariés en les contentant au maximum. Les membres du directoire ou le directeur général unique peut être révoqué par l'assemblée générale

En effet, l'article L 225-1 du Code de commerce affirme que « *Les membres du directoire ou le directeur général unique peuvent être révoqués par l'assemblée générale, ainsi que, si les statuts le prévoient, par le conseil de surveillance. Si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à dommages-intérêts* ».

Certains considèrent que dans ce cas précis, les principes du gouvernement ne sont pas suivis car le conseil de surveillance n'a plus de rôle dans ce cas là.

Un auteur a précisé que les hommes d'entreprise préfèrent « *laver leur linge sale en famille et donc au sein du conseil de surveillance* », c'est – à – dire avec des personnes qui ne sont pas toutes détentrices du capital, afin de prendre en compte tous les aspects de l'entreprise et pas seulement l'aspect économique.

Ce qui nous amène à l'étude de la confrontation des intérêts et pouvoirs des gouvernants et gouvernés (B).

B. Les gouvernants et les gouvernés

39 La loi « N.R.E » prévoit cinq articles relatifs au thème de l'« équilibre des pouvoirs et fonctionnement des organes dirigeants », dont le chapitre de la « limitation du cumul des mandats ».

La société anonyme dite « classique » (à conseil d'administration), autrement dit le système moniste repose sur son propre système de gouvernance, à savoir :

Un PDG (à la fois président du conseil d'administration et directeur général de l'entreprise) qui concentre tous les pouvoirs entre ses mains. De ce fait, la loi NRE est intervenue pour distinguer les organes d'administration des organes de direction.

Les gouvernés : le droit des actionnaires :

40 L'objectif du législateur, à travers la loi NRE était d'instaurer une « démocratie des actionnaires ». Mais aussi de réaliser un lien entre les managers (gouvernants) et les apporteurs de capitaux (investisseurs, associés ... etc).

La loi NRE a octroyé certains pouvoirs aux associés minoritaires réunissant 5% du capital.

La possession de pouvoirs dans l'entreprise repose donc sur une détention du capital.

De plus, la simple qualité d'associé (une seule action suffit) permet de détenir des droits dits « irréductibles ».

41 C'est l'article 20 § 1 de la directive n° 2013/34/UE qui rajoute la disposition suivante : « une description de la politique de diversité appliquée aux organes d'administration, de gestion et de surveillance de l'entreprise au regard de critères tels que par exemple, l'âge, le genre ou les qualifications et l'expérience professionnelles, ainsi qu'une description des objectifs de cette politique de diversité, de ses modalités de mise en œuvre et des résultats obtenus au cours de la période de référence ». Le parlement européen souhaite diversifier les « boards », à savoir les membres du conseil.

Nous pouvons parler de « besoin d'hétérogénéité dans le moule homogène actuel des boards ».

Ces dispositions ne concernent pas les « petites et moyennes entreprises ».

Nous pouvons nous demander en effet pourquoi cette opportunité de diversification des « boards » n'est à la portée que des grandes entreprises et des grands groupes.

D'autant que certains considèrent qu'il s'agit d'un « prolongement naturel » de la RSE.

Il faudra que cette hétérogénéité de la RSE s'articule avec un bon management et une performance économique efficace.

42 Cette directive souhaite instaurer une « lutte contre la pensée de groupe » :

Ladite politique de diversité mise en place permet aux membres du conseil d'administration d'intervenir dans les décisions de la direction.

Les membres du conseil doivent pouvoir faire part de toutes leurs questions relatives à leurs intérêts, aux intérêts des salariés, la RSE.

La directive préconise aussi de réaliser une déclaration sur le gouvernement d'entreprise (article 20 de la directive n° 2013/34/UE), qui ferait partie du « rapport de gestion ».

Plusieurs informations doivent figurer sur cette déclaration :

- informations sur le gouvernement d'entreprise,
- le code de gouvernement d'entreprise qu'elle applique,
- « toutes les informations pertinentes relatives aux pratiques de gouvernement d'entreprise qui sont appliquées au-delà des exigences du droit national »,

Toutes ces informations doivent être accessibles :

art. 20, 1, a iii), al. 2 : « Lorsqu'il est fait référence à l'un des codes de gouvernement d'entreprise visés aux points i) ou ii), l'entreprise indique également où il est possible de trouver les textes pertinents accessibles au public. Lorsqu'il est fait référence aux informations visées au point iii), l'entreprise rend publiques les modalités de ses pratiques de gouvernement d'entreprise ; ».

La mise en place de la RSE (Responsabilité sociale de l'entreprise) est-elle à l'origine d'une nouvelle politique de gouvernement d'entreprise (§2) qui prend de plus en plus en compte l'intérêt des salariés.

§ 2 : Une nouvelle politique de gouvernement d'entreprise : La RSE (responsabilité sociale de l'entreprise)

43 Ces dernières années ont fait place à l'avènement de l'éthique en entreprise, considérée par certains comme un « *lieu de production de l'éthique* »⁹.

A contrario, l'éthique n'avait pas lieu d'être sous le taylorisme, où régnait le principe de « *la suppression dans l'entreprise de toute parole 'libre' entre salariés* ».

Puis, une évolution a commencé à s'instaurer avec la période d'après-guerre entremêlant méthode tayloriste avec « discussion entre partenaires sociaux ». Les salariés pouvaient participer aux décisions de l'entreprise, à travers la « justice sociale », via leurs « représentants ».

D'où l'importance de la mise en place du RSE, permettant d'introduire un « dialogue » en entreprise. Les salariés peuvent se faire entendre, « s'exprimer » en entreprise nonobstant l'existence de la « relation d'autorité » entre employeur et salariés.

De nouveaux travaux sont prévus par ladite Commission pour l'année à venir :

44 En particulier au niveau de la « communication d'informations », L'article 2 de la directive impose à la Commission de mettre en œuvre « des lignes directrices non contraignantes sur la méthodologie applicable à la communication **des informations non financières**, y compris des indicateurs clés de performance de nature non financière, à caractère général et sectoriel, en vue de faciliter une publication appropriée, utile et comparable des informations non financières par les entreprises ».

La vision européenne relative à la gouvernance d'entreprise s'élargit, elle commence à prendre en considération d'autres intérêts de l'entreprise, à part les seuls intérêts économiques.

De plus, la directive compte prendre en considération les « parties prenantes », ce qui la rapproche de la RSE. Par ailleurs, la commission souhaite élargir ce système aux entreprises non cotées, le rapport au Parlement européen et au Conseil devra être rendu au maximum avant la date limite du 6 décembre 2018.

⁹ Dictionnaire critique de la RSE, Nicolas POSTEL, Richard SOBEL

Il est donc nécessaire d'étudier en premier lieu la mise en œuvre de la notion de RSE (A), mais aussi les raisons qui ont poussé à cette élaboration (B).

A. L'élaboration de la notion de RSE

45 L'article L 225-102-1 du Code du commerce introduit par la loi NRE n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, prévoit que le dirigeant d'une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé devra établir un rapport de gestion en précisant « la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ».

46 La responsabilité sociale des entreprises est l'un des sujets phares du conseil d'administration,

Plusieurs étapes ont été élaborées par des entreprises comme

- l'adoption d'une déclaration de mission,
- l'établissement d'un code de conduite et
- la définition d'un système de gestion des sujets relatifs à la RSE

Nous parlons actuelle d' « entreprise citoyenne », où se développent des rapports / bilans sociaux.

47 Il s'agit de réussir à lier la « croissance économique » avec la « croissance sociale ».

Plusieurs exemples de niveau européens méritent d'être cités¹⁰ :

- le « Danone way » : se cantonnant à réaliser une articulation entre « la création de valeur financière et sociale »,
- la « Ethical Trading Initiative » (initiative de commerce éthique), élabore des codes de conduite au travail, afin d' « améliorer les conditions de vie et de travail dans le tiers monde »,
- enfin le Cocomat (PME grecque) qui intègre dans sa politique de gestion de nouvelles pratiques sociales à savoir « l'intégration des personnes à capacités particulières », c'est-à-dire des personnes handicapées.

¹⁰ Ces exemples ont été présentés lors du Forum européen plurilatéral sur la R.S.E (site internet de la D.G. Entreprises de la Commission).

48 Ces exemples montrent qu'une seule et même définition du RSE ne peut être élaborée.

De nombreux termes sont utilisés à l'instar du RSE, à savoir : « **l'entreprise citoyenne** », la « corporate accountability », « responsible entrepreneurship » ou la « responsabilité des entreprises ».

L'« entreprise citoyenne » est le terme qui nous parle le plus dans notre objectif de primauté de l'intérêt du salarié.

Les engagements pris par les entreprises au titre du RSE ne sont pas imposés législativement, ils représentent des choix de la direction de l'entreprise,

Il s'agit d'« actions conduites par les entreprises (...) dans leur stratégie d'entreprise, allant au-delà des obligations légales ou conventionnelles »¹¹.

Elles visent à perfectionner leur politique financière, sociale et environnementale (« triple bottom line approach »).

49 L'amélioration de la qualité de vie au travail a fait l'objet de nombreux travaux au niveau européen.

Nous pouvons citer : les fondateurs Quakers des producteurs de chocolat Cadbury et Rowntree au Royaume Uni, connus pour avoir élaboré les premiers codes d'éthiques (codes de conduite). En France, les premières entreprises à avoir suivi cette tendance sont Michelin ou les Houillères du Nord.

Une partie sera entièrement consacrée aux codes d'éthique.

50 La RSE est considérée comme un des pans de la stratégie d'entreprise.

Une entreprise conduisant une politique de RSE devient de plus en plus « attractive » pour les salariés, qui se verront rassurés. D'autant plus qu'elle permet une amélioration de la réputation de l'entreprise.

Les acteurs de la politique de RSE peuvent être soit internes (employés, actionnaires) soit externes (communautés locales ou régionales, partenaires d'affaires).

Quelles sont les véritables nécessités de la mise en œuvre de la RSE (B) ?

¹¹ La responsabilité sociale des entreprises, concept et place dans l'agenda politique européen, JEAN-PAUL MINGASSON, Directeur général Direction générale Entreprises Commission européenne

B. Les moteurs de la RSE

51 - Certaines entreprises ont été mises en cause car l'éthique qu'elle poursuivait était assez douteuse ou même inexistante, de ce fait la RSE se charge d'instaurer de nombreux principes éthiques.

- Mais aussi d'améliorer leur environnement social,

Les entreprises sont confrontées à un conflit d'intérêt, avec d'un côté un contexte économique en croissance permanente et une forte pression concurrentielle et de l'autre côté l'avènement de « **l'entreprise citoyenne** » qui les poussent à « améliorer les normes **sociales** et environnementales ».

52 Il est nécessaire d'élaborer de nombreux dialogues entre les acteurs internes et externes de la société.

Nous pouvons remarquer que les entreprises ne sont pas assez informées des nécessités de la mise en place d'une RSE.

En effet un manque d'enseignement et de formation au niveau de la RSE se fait sentir ab initio, c'est-à-dire dès l'université, ainsi qu'en école de commerce et gestion.

Les PME quant à elles sont à la limite de l'exclusion de la RSE, étant donné qu'elles n'ont pas les capacités financières adéquates.

Les pouvoirs publics doivent-ils intervenir dans la politique de mise en place de la RSE ?

53 La plupart des entreprises sont réticentes à être soumises à des mesures « rigides » et « strictes » relatives à la RSE. Ce qui les empêcherait de pouvoir créer leurs propres mesures en rapport avec les spécificités de leur entreprise.

L'avènement des entreprises multinationales incite certaines d'entre elles à prôner une mondialisation des principes de la RSE, sans aucune rigidité.

54 Quant aux syndicats et aux associations relatives à la « société civile », ceux-ci sont favorables à l'intervention des pouvoirs publics et de la communauté européenne.

Une négociation inter-entreprise relative à l'élaboration de la politique de la RSE serait favorable aux salariés, car certains d'entre eux pourraient participer à ladite négociation qui permettrait de prendre en compte leurs intérêts.

55 Ce sont les pays anglo-saxons qui prônent une élaboration flexible de la RSE. Le Royaume Uni a d'ailleurs nommé un « ministre en charge de la RSE » et a obligé les « opérateurs des fonds de pension à faire des déclarations sur leurs politiques de RSE ».

Quant au gouvernement Italien, celui-ci avait fait de la RSE l'une de ses priorités

56 Cela a démarré en France au cours de l'année 2003, où le président Jacques Chirac avait réuni les patrons des entreprises à cet effet, et avait même mis la RSE à l'ordre du jour de la réunion du G 8 d'Evian.

Les sociétés françaises cotées doivent établir un rapport annuel « *sur la façon dont les entreprises prennent en compte les conséquences sociales et environnementales de leurs activités* ».

57 La RSE est devenue un objectif européen, la priorité « Citoyens et gouvernance dans une société de la connaissance » a été insérée dans le 6^{ème} programme 2000-2006 de la Communauté européenne pour la recherche, le développement technologique et l'innovation. La RSE a été intégrée dans les programmes de certaines des meilleures écoles de commerce, telles l'INSEAD. Cette dernière a d'ailleurs conçu « l'Académie européenne pour l'entreprise dans la société ».

58 Jean Paul MINGASSON parle d' « instruments » permettant la mise en œuvre de la RSE :

Tout d'abord l'élaboration des codes de conduite, sur les **droits des travailleurs**, les **droits de l'homme** et la protection de l'environnement. Il n'est pas suffisant d'élaborer ces codes, encore faut-il les appliquer et contrôler leur application.

L'entreprise doit mettre en place un certain « système de gestion » de la RSE, afin d'intervenir dans le « domaine **social** et environnemental ».

Certaines entreprises rédigent des rapports sur leurs mesures en matière sociale et environnementale, ce qui permet de les mettre à la disposition du public.

Il est important de savoir qu'il s'est tenu en juin 2015, le 52ème congrès du SNN consacré à la responsabilité sociale de l'entreprise notariale.

Il est en outre important de préciser que la RSE désapprouve toutes les mesures de gouvernance d'entreprise qui ont un "seul et unique objectif d'ordre financier".

Il est nécessaire d'étudier en profondeur les principes de la « gouvernance d'entreprise » (Section 2).

Section 2 : Etude précise des principes de la « gouvernance d'entreprise »

Il est nécessaire d'étudier les différentes formes d'entreprise et leur direction (Sous-section 1) et en particulier celle des sociétés par action (Sous-section 2).

Sous-section 1 : La direction de l'entreprise en fonction des différentes formes d'entreprise

Il est nécessaire en premier lieu de déterminer s'il est nécessaire d'adopter un modèle de direction de l'entreprise à l'instar du modèle européen (§1), pour ensuite approfondir sur les différents dirigeants (§2).

§1 : La direction de l'entreprise : l'adoption du modèle européen ?

59 L'étude « Comparative Study of Corporate Governance Codes » permet de ressortir plusieurs définitions de la gouvernance d'entreprise, nous en citerons deux :

- « Corporate governance is the system by which companies are directed and controlled », Cadbury Report (UK) ;
- « Corporate governance refers to the set of rules applicable to the direction and control of a company », Cordon Report (Belgium).

60 La problématique rituelle relative à la gouvernance d'entreprise repose sur la création de richesse, en effet il s'agit de se demander « *comment une entreprise, dans un certain environnement peut et pourra réaliser de façon optimale son principal objectif : créer et distribuer de la richesse ?* ».

De nombreux codes de gouvernance ont été adoptés à cet effet.

Nous allons voir en premier lieu les particularités de la vision européenne de la gouvernance d'entreprise (A), pour ensuite approfondir le cas particulier de l'offre publique d'achat (B).

A. Vision européenne : la gouvernance d'entreprise

61 La gouvernance d'entreprise fait partie des exigences européennes, prônant les principes de « transparence et de protection des actionnaires ».

Selon le rapport Cardon (Belgique), il s'agit de « *l'ensemble des règles applicables à la direction et au contrôle d'une société* ». Pour d'autres, il s'agit d'un corpus des règles et procédures utilisées dans la gestion et le contrôle d'une société » (Recommandation de la Commission de Sécurité des Marchés, Portugal).

En résumé, elle représente les « mécanismes de direction, de contrôle et de responsabilité des dirigeants » d'une entreprise.

C'est le Danemark qui a adopté une conception de la gouvernance d'entreprise englobant l'intérêt de l'ensemble des acteurs de l'entreprise, à savoir la direction, mais aussi les salariés, les créanciers ... : la gouvernance d'entreprise représente « *la relation entre les objectifs de la direction et les grands principes qui régissent les interactions entre les organes de gestion, les propriétaires ainsi que d'autres personnes directement intéressés à la composition et l'activité de l'entreprise, c'est-à-dire les **salariés**, les créanciers, les fournisseurs, les clients et l'ensemble de la communauté* » (Recommandations du rapport Norby – Danemark).

L'objectif premier de la gouvernance d'entreprise est d'établir un équilibre entre les intérêts de ces différents acteurs (Rapport Peter, §1.2 – Pays- Bas).

62 L'étude européenne des différents types de gouvernement permet de mettre en évidence deux systèmes :

- le système libéral : faisant primer les intérêts des actionnaires et
- le système « rhénan » : la société représente une « solidarité entre l'ensemble de ses membres actionnaires, dirigeants et **salariés** ».

Ces derniers ont des fonctions différentes dans chaque pays de l'Union européenne, que ce soit au niveau de la relation employeur / actionnaires ou employeur / salariés.

Notons que le système dualiste permettant aux salariés d'être représentés dans les organes de gestion, permet une plus grande prise en compte de leurs intérêts.

63 L'Autriche tente d'établir un « partenariat social » afin de réaliser un équilibre entre les intérêts des actionnaires et des salariés.

Pour ce faire, les membres du conseil de surveillance sont élus aux deux tiers par les actionnaires, et à un tiers par le comité d'entreprise.

Les actionnaires n'ont pas de rôle direct au sein de l'entreprise.

Quant au Danemark, le conseil de direction est constitué de membres élus par les actionnaires dont 2 nommés par les salariés.

Enfin, l'Allemagne tente de réduire au maximum l'influence des actionnaires avec son système dualiste. En effet, dans les sociétés de plus de 500 salariés, le conseil de surveillance doit être constitué de la moitié de représentants du personnel.

64 Alors que le système moniste, l'intérêt des associés se confond avec l'intérêt des actionnaires. Un bon management, dans un système moniste ou dualiste doit prendre en compte l'intérêt de la société.

L'Union européenne tente d'allier les intérêts des actionnaires mais aussi des tiers, incluant les salariés : « Assurer une protection effective et proportionnée des actionnaires et des tiers doit être au centre du dispositif du droit des sociétés ».

Prenons en outre l'exemple de l'Allemagne, cette dernière a institué le principe de cogestion qui prône un "collectif d'entreprise englobant actionnaires et salariés". En effet, le niveau d'association des salariés est beaucoup plus important qu'ailleurs, ce qui permet d'expliquer les succès industriels allemands. Un tiers des membres du conseil de surveillance (Aufsichtsrat) est désigné par les salariés des entreprises de plus de cinq cent salariés. De plus, le conseil de surveillance des grandes entreprises employant plus de deux mille salariés, est composé pour une moitié des représentants des actionnaires et pour l'autre des représentants des salariés.

Il serait judicieux de prendre exemple en France sur le modèle allemand : à l'heure actuelle, les membres du conseil de surveillance sont désignés par les actionnaires, alors pourquoi pas faire élire la moitié des membres du conseil de surveillance par les salariés directement et l'autre partie par les actionnaires. De même pour le conseil d'administration où un tiers des sièges sont réservés au représentants d'employés si deux tiers des actionnaires n'en décident pas le contraire. Dans ce cas, il serait judicieux de retirer la condition d'approbation des deux tiers des actionnaires afin d'aboutir à une composition équilibrée du conseil d'administration avec une partie nommée par les salariés et une autre par les actionnaires.

Les actionnaires peuvent être mis au centre d'une opération, à savoir l'offre publique d'achat (B).

B. Le cas particulier de l'OPA (offre public d'achat)

65 L'offre publique d'achat représente une « offre d'acquisition d'une entreprise payable au comptant », il s'agit donc d'une proposition d'achat aux actionnaires d'une société cotée de l'ensemble des titres pendant une période déterminée et selon un prix fixé à l'avance. Un texte européen relatif aux bonnes conditions de réalisation d'une OPA, a été adopté le 21 avril 2004 :

Obligation d'information lors d'une OPA :

Information des actionnaires :

66 Les Etats membres doivent informer les actionnaires d'une telle opération, via des rapports obligatoires ou volontaires des dirigeants.

Il faut savoir que l'OPA est lourde de conséquences pour l'ensemble du personnel de la société, mais aussi les actionnaires et les créanciers. Un « prospectus d'information » doit être établi à cet effet, afin que les actionnaires donnent leur avis sur l'offre en question.

Le conseil d'administration doit être informé de la date de publication de l'offre.

67 Puis la « déclaration d'opinion » par la société cible sera transmise aux représentants des salariés, ou même directement aux salariés (article 9-5)

L'information doit être transmise en même temps aux salariés actionnaires qu'aux actionnaires eux-même. Le texte parle d' « information simultanée ».

De plus, au sujet de l'information et de la consultation des représentants du personnel des deux sociétés (à savoir « l'offrant » et la « cible »), chaque Etat membre met en place son propre système d'information et de consultation tout en assurant le respect de la directive du 28 janvier 2003 (article 14).

68 Toutes les autres règles relatives à la gouvernance d'entreprise ne sont relatives qu'aux intérêts des actionnaires, aux intérêts financiers, à savoir :

- les règles relatives à « l'aptitude des autorités de contrôle à appliquer les règles »,
- les règles relatives à la protection des actionnaires minoritaires,
- les procédures de retrait,
- les règles relatives à la « neutralisation des défenses anti-OPA ».

Au sujet des instances dirigeantes d'une entreprise, celles-ci vont varier en fonction de la forme adoptée par la société (§2).

§2 : Les dirigeants

Le gouvernement d'entreprise s'évertue à « contrôler le pouvoir des dirigeants par un semble de contrepoids permettant de mieux faire respecter les droits des associés »¹².

Il n'est pas question de salariés, dans lesdits contrepoids mais d'associés.

L'ancienne vision consiste à considérer le dirigeant comme un représentant des associés, à savoir des « apporteurs de capitaux » en occultant les intérêts des salariés.

C'est la forme juridique de la société (SA, SAS, ou SARL) qui va établir les fonctions attribuées au dirigeant.

Nous pouvons compter depuis décembre 2006, environ 133000 SA, 138276 SAS, et 1500 commandites par actions.

Etudions tout d'abord le régime des dirigeants d'une société anonyme (A), puis celui de la SAS et de la SARL (B).

A. La société anonyme

Les pouvoirs répartis dans la loi :

69 L'assemblée générale est la seule compétente pour modifier les statuts.

Dans ce sens, elle a tout pouvoir pour décider d'une modification du capital social, de la durée de la société ou de la modification de la structure sociale.

70 Quant au conseil d'administration, l'article L 225-35 du Code du commerce affirme qu'il « *détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la*

¹² Dirigeants de sociétés, juridique, fiscal, social, Jean-Pierre CASIMIR, Michel GERMAIN

société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent » et rajoute qu'il « procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns ».

En déterminant les « orientations de l'activité de la société », le conseil d'administration établit « la stratégie de l'entreprise », puis vérifie que celle-ci est bien appliquée.

Le conseil d'administration détermine lui même son propre rôle.

« La notion de bonne marche de la société est nouvelle : elle désigne en fait la pérennité de la société. Les membres du conseil d'administration sont mandatés par les actionnaires pour veiller au devenir de leur capital. Placé à la charnière entre les actionnaires et les gestionnaires, le conseil d'administration doit défendre l'intérêt de l'actionnaire en faisant preuve de vigilance à l'égard de toutes les décisions qui pourraient avoir une incidence sur l'avenir de la société »¹³.

Le rapport Besson met en évidence l'intérêt des actionnaires, et ne mentionne en aucun cas celui des salariés. Même si implicitement l'avenir de la société a une incidence directe sur le salarié.

Le conseil d'administration effectue les « contrôles et vérifications qu'il juge opportuns »¹⁴.

En cas de désaccord entre le conseil d'administration et le directeur général, ce dernier doit se ranger du côté du conseil d'administration¹⁵.

Ce sont a contrario les actionnaires qui peuvent contrebalancer les décisions du conseil d'administration, tout en respectant l'objet social de la société.

C'est le conseil d'administration qui se charge de convoquer l'assemblée générale et de fixer son ordre du jour.

Le caractère collégial de ce conseil permet de lutter contre la prise de décision dans les mains d'une seule personne.

Le conseil d'administration prend certaines décisions de manière unilatérale, c'est-à-dire qui relèvent de sa compétence exclusive, à savoir :

- « l'établissement des comptes et du rapport de gestion »,
- « la préparation des documents de gestion prévisionnels »,
- « l'autorisation préalable des conventions »,

¹³ Rapport Besson, n° 2327, p. 208

¹⁴ Cass. com. 3 janvier 1995, Bull. Joly 1995, p. 267 ; cass. com. 25 mars 1997, BC IV n° 85

¹⁵ Trib. Com. Bordeaux, 2 janvier 2003, Rev. Soc. 2003, p. 134, note Saintourens

- « la nomination et la révocation du président, du directeur général, du directeur général délégué », ainsi que « la fixation de leur rémunération »,
- la « nomination des membres du comité d'études »,
- la « répartition des jetons »,
- l'« autorisation des cautions, avals et garanties conférés au nom de la société »¹⁶.

Les principes du « gouvernement d'entreprise », soutenus par la loi NRE du 15 mai 2001 ont engendré une séparation dans la direction de la société. En effet, soit elle est dirigée par une seule et unique personne, à savoir : le PDG (président directeur général), soit elle est dirigée par un président du conseil d'administration et un directeur général.

L'article L 225-51 du Code du commerce affirme que « *Le président du conseil d'administration organise et dirige les travaux de celui-ci, dont il rend compte à l'assemblée générale. Il veille au bon fonctionnement des organes de la société et s'assure, en particulier, que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission.* »

Le président du conseil d'administration va présider ledit conseil.

71 Quant au directeur général, l'article L 225-35 du Code de commerce affirme qu'il « *est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* ».

Il est chargé de gérer la société ainsi que son personnel (le nommer et le révoquer).

Il revient tout de même au conseil d'administration le pouvoir de révoquer le directeur général.

Le PDG possède les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général (loi NRE du 15 mai 2001).

Quant au directeur général délégué, celui-ci dispose des pouvoirs que le conseil d'administration décide de lui conférer.

La société anonyme dualiste :

72 C'est le directoire qui dirige la société, certains auteurs le qualifient d'« exécutif » de la société.

¹⁶ Dirigeants de sociétés, juridique, fiscal, social, Jean-Pierre CASIMIR, Michel GERMAIN

Il agit comme il l'entend dans le respect de l'objet social de la société et des pouvoirs du conseil de surveillance et des assemblées d'actionnaires.

Il convoque les assemblées générales aux fins de réaliser les comptes annuels et le rapport annuel de gestion (article L 225-103 du Code de commerce).

Mais aussi d'établir les « opérations de modification du capital » (article L 225-129 du même code).

73 Le conseil de surveillance va contrôler le directoire et sa gestion, mais il ne peut pas interagir dans ladite gestion (article L 225-68). Il vérifie et contrôle les comptes de la société. Le conseil de surveillance nomme les membres du directoire, désigne le président du conseil de surveillance, peut émettre des propositions de révocation des membres du directoire, décide de la rémunération de ses présidents et vice-présidents.

74 Les statuts ne peuvent déroger aux dispositions légales instituant les pouvoirs de chaque organe.

En revanche, ils peuvent restreindre les pouvoirs que la loi a accordés à certains organes sociaux.

75 Le dirigeant d'une société anonyme à caractère dualiste a des pouvoirs limités contrairement au directeur général de la société à conseil d'administration.

Les principes du « gouvernement d'entreprise » poussent la société à établir différents comités : comité de sélection et de nomination (pour proposer des dirigeants), comité des rémunérations, mais aussi un comité d'audit.

76 Les administrateurs ont le pouvoir de convoquer le conseil, en particulier lorsqu'une carence de plus de deux mois de la réunion du conseil d'administration s'est produite.

Le directeur général a ce pouvoir lorsqu'il n'est pas président du conseil d'administration.

C'est le président en personne qui fixe l'ordre du jour de la réunion du conseil d'administration.

77 La loi NRE rajoute que le président du conseil d'administration « *s'assure, en particulier, que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission* ».

Les documents sont fournis à l'administrateur via le président ou le directeur général, il ne peut pas les demander directement en s'adressant au personnel par exemple.

Chacun des membres du directoire a un certain rôle particulier.

Les seuls pouvoirs « individuels » attribués aux membres du conseil de surveillance représentent ceux qui sont relatifs à la « qualité de membre d'un organe collégial », à savoir : la participation aux réunions, le vote des résolutions, les informations (l'accès).

Mais qu'en est-il de la direction d'une SAS et d'une SARL (B) ?

B. La SAS et la SARL

La SAS

78 Il s'agit d'une société qui fonctionne principalement de manière contractuelle, c'est-à-dire en fonction des statuts.

L'article L 227-9 du Code de commerce affirme que :

« Les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient.

Toutefois, les attributions dévolues aux assemblées générales extraordinaires et ordinaires des sociétés anonymes, en matière d'augmentation, d'amortissement ou de réduction de capital, de fusion, de scission, de dissolution, de transformation en une société d'une autre forme, de nomination de commissaires aux comptes, de comptes annuels et de bénéfices sont, dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés ».

Puis les statuts élaborent le reste de la répartition des pouvoirs, entre la direction de la société (à savoir président, directeurs généraux, directeurs généraux délégués et les autres membres de la direction nommés par les statuts) et la collectivité des associés.

Les statuts peuvent donc établir une direction de la société sous forme dualiste mais aussi moniste.

Ils peuvent conférer des pouvoirs différents aux directeurs généraux et directeurs délégués généraux.

Quant aux « autres » dirigeants désignés dans les statuts, les pouvoirs qu'ils détiennent sont relatifs à « l'ordre interne » de la société, à savoir, la direction dans un domaine particulier, un rôle d'autorisation ou de surveillance.

La société à responsabilité limitée :

79 Les associés bénéficient d'une liberté légale de distribution des pouvoirs entre l'assemblée générale et la gérance de la société.

Les pouvoirs de l'assemblée générale sont identifiés à ceux de la société anonyme.

L'article L 223-18 précise que « *Dans les rapports entre associés, les pouvoirs des gérants sont déterminés par les statuts, et dans le silence de ceux-ci, par l'article L. 221-4* ».

Si les statuts ne le précisent pas, c'est le gérant qui possède tous les pouvoirs de gestion dans l'intérêt de la société. Il se doit de prendre des décisions dans « l'intérêt de la société ». En pratique, il est plus facile pour le dirigeant de présenter au préalable ses décisions à l'assemblée, afin qu'elles soient acceptées, car la notion d'intérêt social est à l'heure actuelle encore assez vague.

Lorsque les statuts ne prévoient rien, il est nécessaire de se référer à la loi.

Les statuts peuvent prévoir des restrictions aux pouvoirs du dirigeant, en juxtaposant les décisions des dirigeants à l'acceptation de l'assemblée générale.

En cas de gérance multiple, les statuts attribuent des pouvoirs différents à chaque « gérant »¹⁷.

Les sociétés par action étant les plus concernées par le système de la gouvernance d'entreprise, il est important de lui consacrer une étude particulière (Sous-section 2).

Sous-section 2 : Un focus nécessaire sur les sociétés par action

80 Le Code de commerce, prévoyait depuis longtemps deux types de société par action, les sociétés anonymes (SA) et les commandites par action. Puis en 1994 se sont rajoutées les SAS, introduites par la loi du 3 janvier 1994, elles ont été réservées d'abord aux seules sociétés, forme non ouverte aux personnes physiques. Puis la loi du 12 juillet 1999 a ouvert la SAS aux personnes physiques, la loi a permis aussi que puisse exister une SAS unipersonnelle : la SASU. Cette possibilité explique l'explosion du nombre de sociétés par action simplifiées. Ce sont des sociétés commerciales par la forme, les droits sociaux y sont des actions, librement négociables en principe.

Le droit qui les régit fait l'objet de modification constante depuis 15 ans environ, les lois et les décrets se succèdent et ce mouvement ne semble pas prêt de s'éteindre.

¹⁷ Cass. com. 28 novembre 2006, BRDA 2007/3

81 C'est la forme la plus classique, la plus usitée de société par action.

« Elle est le merveilleux instrument juridique du capitalisme moderne »¹⁸.

La SA conserve cette irréductible et exclusive supériorité d'être la seule société qui puisse être introduite en bourse. Il n'y a sur le marché financier que des SA.

Les SAS ne permettent pas le recours à l'épargne publique, il est vrai que la SA présente une forme de solidité qui explique l'exclusivité qui lui est réservée d'être introduite sur le marché financier, mais aussi de sa constitution au niveau de ses organes sociaux, et de son fonctionnement. Le tout est fondé sur l'action et le régime des actions.

La SA est le plus élaboré des êtres moraux et cette précision se fait au fil de textes successifs et nombreux.

Les deux derniers grands textes majeurs que nous devons relever en la matière : il s'agit tout d'abord de la loi NRE, relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001¹⁹, elle prend en compte la notion de gouvernement d'entreprise et intervient pour rééquilibrer les pouvoirs au sein de la SA

Et la loi de sécurité financière qui a pour effet majeur de modifier les pouvoirs des commissaires au compte et de regrouper certains organismes régulateurs au sein de l'AMF : l'autorité des marchés financiers, qui remplace la COB (commission des opérations bancaires).

82 Il existe des organes de direction et de gestion dans la SA, mais aussi des actionnaires.

Il y a deux façons de voir l'entreprise :

-soit la société est comprise comme la « chose » des actionnaires. Elle est alors conçue comme une entreprise, une entité à part, conduite aux fins de réalisation, d'accomplissement de l'objet social.

-soit la société est considérée comme un capital auquel participe le salarié et que ce dernier contribue à développer par son travail. C'est un instrument de travail sur lequel le travailleur ne peut pas être privé de tout droit.

Les bénéfices de l'exercice pourraient être divisés en trois tiers : un tiers pour les actionnaires, un pour la société et les dirigeants et un pour les salariés.

¹⁸ Georges RIPERT, « Les aspects juridiques du capitalisme moderne », cité par Paul LE CANNU, Droit des sociétés, Domat, Droit privé, Montchrestien, Paris, 2002, n° 589, p. 332.

¹⁹ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques

83 Il y a plusieurs manières d'envisager la SA :

- on parle de société moniste (§1), elle a à sa tête un conseil d'administration qui choisit un représentant social qui, ce dernier, est soit le président directeur général (PDG) ou le directeur général lui-même (DG) qui peut cumuler également la charge de président du conseil d'administration.
- l'organisation dualiste (§2) : la SA a à sa tête un directoire, contrôlé par un conseil de surveillance.

§ 1 : La SA avec conseil d'administration et directeur général (DG) ou président directeur gl (PDG)

84 La loi NRE de 2001 a modifié la répartition des pouvoirs entre le Conseil d'administration et le représentant social.

Avant la loi NRE, il y avait un conseil d'administration et un président du Conseil d'administration. Et ce dernier dirigeait seul la société en ne subissant pas le contrôle du conseil d'administration. Ce conseil avait une fonction symbolique, la société était de la sorte dans les mains d'un seul homme : le président du conseil.

A la suite de différents incidents, cette loi a remanié la répartition des pouvoirs dans la SA, le résultat de ce rééquilibrage est le suivant : la SA a à sa tête un DG ou un PDG mais désormais ce personnage unique qui dirige la société est exposé au contrôle effectif du conseil d'administration dont les pouvoirs sont précisément redéfinis par la loi.

Avant 2001, le président du Conseil d'administration (DG ou PDG) décidait seul, mais depuis 2001, celui-ci dirige la société sous la surveillance effective du Conseil d'administration.

L'impact de cette loi a été d'accroître et surtout de rendre réelle la compétence du conseil d'administration.

La SA s'organise selon un mode pyramidal: à la base, les actionnaires qui élisent les membres du conseil d'administration qui, ces derniers, choisissent celui qui est à la fois le DG ou PDG, et c'est ainsi une suite de délégations de pouvoirs qui permet à la SA de fonctionner.

85 Si les actionnaires en question détiennent la majorité du capital social, il est évident que ces derniers vont élire les administrateurs de leur camp. Ces administrateurs qui appartiennent à la majorité vont alors choisir un représentant qui provient de cette même

majorité, ainsi ces derniers appartiendront au même ensemble. Par conséquent, la société sera contrôlée par cette majorité et c'est pourquoi la loi NRE a fait de ce conseil un organe.

L'étude de la société anonyme sous forme moniste repose sur le conseil d'administration (A), mais aussi sur le Directeur général et le Président directeur général (B).

A. Le conseil d'administration (CA)

Pour comprendre cet organe il faut examiner d'abord le statut des administrateurs puis le pouvoir du CA et enfin la responsabilité des administrateurs car seul le comité d'administration organe collégial a les pouvoirs.

1) Le statut des administrateurs :

a. Les qualités requises :

Qui peut être administrateur ?

86 N'importe quel actionnaire peut devenir administrateur, une capacité civile suffit et aucune aptitude professionnelle n'est imposée.

En revanche, il est obligatoire que les administrateurs soient des actionnaires, ils doivent posséder au moins une action de la société, cette participation au capital social sera le garant de la bonne conduite, du bon soin des affaires sociales par l'administrateur.

Question du cumul des mandats d'administrateurs

87 Les articles L225-1 et 225-77 C du code de commerce affirment qu'une personne physique ne peut exercer simultanément plus de cinq mandats d'administrateurs ou de membre du conseil de surveillance de SA. Auparavant, la règle était que le cumul ne pouvait excéder 8 mandats mais cette possibilité a été réduite à 5 mandats.

De plus, l'article L 225-22 du Code de commerce précise que trois règles doivent être observées pour permettre le cumul des fonctions d'administrateur et de salarié de la société :

- un administrateur ne peut pas devenir salarié de la société, la sanction serait la nullité absolue.

- en revanche, un salarié peut à certaines conditions devenir administrateur de la société : il faut qu'il devienne actionnaire de la société et que le contrat de travail soit effectif, enfin, que l'on puisse vérifier que le lien de subordination existe réellement. La sanction serait l'annulation de la nomination en tant qu'administrateur.

Cela permet la participation du salarié à la gestion de l'entreprise. Ses intérêts peuvent être d'autant plus pris en compte.

- le nombre d'administrateurs liés par un contrat de travail ne peut en principe pas excéder le tiers des administrateurs en fonction.

b. La nomination.

88 Il est nommé au terme d'une décision ordinaire, il est possible que l'administrateur soit souvent réélu.

c. La révocation.

89 Les AGO (assemblée générale ordinaire) ont le pouvoir de révoquer les administrateurs.

Il est révocable *ad nutum* sans motif, sans préavis sans indemnité et même si la question de sa révocation ne figure pas à l'ordre du jour de l'AGO, ainsi l'article L. 225-105 du Code de commerce dispose que « *L'assemblée ne peut délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à l'ordre du jour. Néanmoins, elle peut, en toutes circonstances, révoquer un ou plusieurs administrateurs ou membres du conseil de surveillance et procéder à leur remplacement* ».

Il s'agit d'une règle impérative.

90 L'administrateur peut faire valoir sa position et cette révocation ne doit pas avoir été faite dans des conditions vexatoires auquel cas la société devra verser à l'administrateur révoqué des indemnités.

Il est de tradition que l'administrateur est révocable *ad nutum*, il est vrai que ce dernier n'est pas représentant social, ce n'est qu'un membre du conseil d'administration.

d. Sort des contrats conclus entre l'administrateur et la société.

91 Les contrats conclus entre l'administrateur et la société ne s'inscrivent pas dans le registre de la liberté. En effet, il n'y a pas de liberté par crainte que l'administrateur abuse de sa position pour conclure des contrats préjudiciables à la société (article L 225- 38 du Code de commerce : pas de liberté).

Les personnes concernées par ces contrats sont l'administrateur, le DG, le DG délégué, l'actionnaire disposant d'une fraction des droits de vote supérieurs à 10% (il existe dans la SA des actions à vote double et des actions sans droit de vote, ce qui compte, c'est le nombre de voix, elle s'applique aussi aux sociétés qui contrôlent la SA).

92 Les contrats interdits sont visés par l'article L 225-33 du Code de commerce, il s'agit d'abord du prêt consenti par la société à un administrateur qui est frappé de nullité absolue, l'administrateur ne peut pas emprunter de l'argent à la société, ni se faire garantir par la société, il ne peut pas non plus devenir salarié de la société. Ces contrats là sont interdits et sanctionnés par la nullité absolue.

A l'opposé, les contrats libres, les opérations courantes, conclues à des conditions normales sont presque libres, ces conventions doivent être communiquées au président du conseil d'administration ou au président du conseil de surveillance et ensuite au commissaire aux comptes. Le législateur dans la loi du 1er août 2003, a ajouté que cette communication au président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance puis commissaire aux comptes n'était pas nécessaire « *si en raison de leur objet ou de leur application financières elles ne sont significatives pour aucunes des parties* ».

Dans ces cas là, elles sont complètement libres.

Ses retouches législatives successives aboutissent à des complexités de sorte qu'il aurait été préférable de laisser le régime antérieur à 2003.

93 Une autorisation préalable du conseil d'administration est nécessaire, l'administrateur intéressé ne vote pas et ses voix ne sont pas prises en compte dans le décompte du quorum.

Si l'autorisation est donnée par le conseil, la procédure se poursuit, le commissaire aux comptes fait un rapport spécial sur cette opération, rapport qui est présenté à l'AGO qui se prononce alors.

Si l'assemblée générale n'approuve pas cette convention, elle ne serait pas nulle pour autant, simplement les conséquences préjudiciables de la société seraient supportées par l'administrateur, la société mettrait en cause la responsabilité civile de l'administrateur.

Si le conseil d'administration n'autorise pas la convention envisagée, cette dernière pourrait être annulée, si les conséquences dommageables s'en suivaient pour la société, donc c'est une nullité sous conditions mais cette action en nullité se prescrirait par 3 ans et surtout elle pourrait être couverte par un vote de l'AGO.

L'administrateur n'a aucun pouvoir.

2) Pouvoir du conseil d'administration.

Le conseil d'administration a 2 types de pouvoirs : des pouvoirs généraux et des pouvoirs spéciaux qui sont globalement restés inchangés.

Les pouvoirs généraux du conseil.

94 Le conseil d'administration n'agit pas, il délibère.

Cette description de ses pouvoirs, est la même que donnait la loi au président du conseil lui-même.

La loi NRE a remis de l'ordre dans tout cela et dans le texte qui définit les pouvoirs généraux du conseil d'administration.

Selon l'article L 225-35 du Code de commerce : -le conseil d'administration détermine les orientations de **l'activité de la société**, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société, il procède au contrôle des vérifications qu'il juge opportun.

- le conseil d'administration a un pouvoir d'orientation, d'évocation et de surveillance :

- le pouvoir d'orientation : le conseil d'administration détermine les orientations et l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Il définit la stratégie et la politique de la société et il veille à ce que le représentant social, le PDG, appliquent cette politique.

Le conseil d'administration n'est exposé à aucune responsabilité, il n'a pas la personnalité morale.

-le pouvoir d'évocation : Le conseil d'administration se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires la concernant.

Il s'agit d'un pouvoir très large, il peut être saisi de toute question même les questions ordinaires.

Toute opération intéressant la **gestion sociale**. Mais il ne s'agit que d'un pouvoir qui se déploie dans l'ordre interne de la société. Le conseil d'administration n'a pas la possibilité d'intervenir sans la vie externe de la société et par exemple de s'aviser au terme de ce pouvoir d'évocation de conclure par l'intermédiaire de son président un contrat avec un tiers.

Le conseil d'administration ne peut pas intervenir dans les relations avec les tiers, c'est le DG ou PDG qui peut le faire, c'est-à-dire le représentant social.

95 La deuxième limite tient à ce que le conseil ne peut pas empiéter sur les compétences que la loi attribue à d'autres organes sociaux. Par exemple, le conseil d'administration ne peut pas faire ce que fait seule l'AGO, c'est-à-dire approuver les comptes de l'exercice, nommer des administrateurs ... *a fortiori* le conseil d'administration ne peut pas prendre des décisions qui ne relèvent que de l'AGE pour modifier les statuts.

(Il ne peut pas non plus empiéter sur le domaine du représentant social).

96 Le conseil d'administration a enfin un pouvoir général de surveillance, de contrôle prévu par l'article L 225-35 du Code de commerce, disposant que le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportun. Les pouvoirs du conseil d'administration sont alignés sur ceux du conseil de surveillance, ce pouvoir de contrôle acquiert son sens en ce que le conseil peut se faire communiquer tous les documents qu'il juge utile par la direction générale.

Les pouvoirs du conseil d'administration sont donc amplifiés par la nouvelle réglementation.

b. Les pouvoirs spéciaux du CA

97 Ces pouvoirs ont été peu modifiés par les textes récents, avant la loi NRE, c'est un pouvoir spécial que tenait les compétences du pouvoir d'administration, ces pouvoirs sont des prérogatives réelles qui s'ajoutent aux véritables compétences qu'a le conseil d'administration dans l'ordre général. On peut dire que ces pouvoirs spéciaux sont de 3 sortes :

- un pouvoir de nomination : le conseil nomme et donc révoque différentes personnes. Le conseil d'administration nomme son président, puis il nomme le DG c'est-à-dire le représentant social (celui qui dirige la société), *a fortiori*, il nomme le PDG, c'est dire le rôle

capital du conseil sur ce terrain là. Par ailleurs, le conseil coopte les administrateurs en cas de vacance d'un siège, il serait pourvu par le conseil lui-même avant qu'intervienne la nomination de cet administrateur par l'AGE des actionnaires.

- un pouvoir d'organisation : le conseil prend les mesures nécessaires pour que les assemblées d'actionnaires fonctionnent normalement, c'est lui qui convoque les assemblées d'actionnaires, qui fixe l'ordre du jour, qui informe les actionnaires, il arrête les comptes de l'exercice et propose l'affectation des résultats. Il présente au conseil certains rapports destinés à éclairer les actionnaires sur les décisions à prendre. Ces pouvoirs assurent le fonctionnement de cet organe capital qu'est l'assemblée des actionnaires.

- un pouvoir financier : c'est lui qui fixe la rémunération du PDG, il répartit les sommes à louer aux administrateurs à titre de rémunération, tous les administrateurs ne sont pas rémunérés.

Le conseil d'administration autorise les cautions, les avals et les garanties que donnerait la société à des tiers (article L 225-35 dernier alinéa du code de commerce).

En effet, la société ne peut pas garantir l'un de ses dirigeants ou l'un de ses actionnaires, c'est une convention interdite, en revanche elle peut garantir un tiers à la condition que le dirigeant social qui accorde cette garantie soit d'abord autorisé à le faire par le conseil d'administration, faute de quoi la garantie serait nulle.

Les administrateurs vont répondre ou répondront de l'exercice des pouvoirs du conseil d'administration en mettant dans la situation où la responsabilité peut être engagée.

Un administrateur en lui-même n'a aucun pouvoir, c'est le conseil d'administration pris dans son ensemble qui a des compétences, mais le conseil d'administration qui n'a pas la personnalité juridique ne peut pas voir sa responsabilité engagée, donc seuls les administrateurs peuvent voir leur responsabilité civile mise en œuvre.

Par exemple, si le conseil d'administration ne convoque pas l'assemblée annuelle d'approbation des comptes et bien ce sont les administrateurs pris séparément qui seront engagés.

Seul le conseil a des pouvoirs, seuls les administrateurs ont une responsabilité.

Le conseil d'administration doit fonctionner sur le principe de transparence, les participants aux réunions du conseil : les participants au conseil d'administration déterminent les sujets qui font l'objet desdites réunions; les représentants salariés pourront déterminer ainsi une partie de ces sujets. Ce qui nous permet d'aboutir à cet objectif de "démocratie d'entreprise", à savoir la

recherche d'un équilibre : actionnaires (investisseurs financiers) / salariés (qui investissent leur force de travail, leur savoir faire).

Une entreprise est une communauté d'intérêts contenant en plus grande partie des salariés, ils doivent donc avoir un rôle essentiel dans les décisions de l'entreprise car tout événement qui a une incidence sur le capital de l'entreprise a une incidence sur les conditions de travail du salarié qui peuvent avoir des incidences sur la vie privée du salarié en entreprise et hors de celle-ci/

Il serait nécessaire d'atténuer le principe selon lequel la possession des pouvoirs de l'entreprise repose sur une détention de capital.

Ces principes soutiennent la nouvelle politique de la RSE permettant d'introduire un dialogue en entreprise, les salariés peuvent s'exprimer, nous pouvons donc parler d'entreprise citoyenne.

Il est donc nécessaire d'aboutir à un équilibre entre les intérêts des différents acteurs : salariés, dirigeants, actionnaires.

Les administrateurs ont par ailleurs la même responsabilité que les DG ou PDG (B), on parle de responsabilité des dirigeants sociaux.

B. Le Directeur Général (DG) et le Président Directeur Général (PDG)

La SA est dirigée par un DG qui peut être PDG et par un ou des directeurs généraux délégués. (article L.225-51-1 du Code de commerce)

1) Le DG

a. son statut :

98 Nommé par le conseil d'administration sur proposition du président de ce conseil, il est nécessairement une personne physique, il peut être administrateur ou ne pas l'être, actionnaire ou pas.

Il est révocable à tout moment par le conseil d'administration sur proposition du président seulement pour juste motif. Le conseil ne peut révoquer le DG qu'il a nommé qu'en justifiant de motifs légitimes, si ces motifs n'étaient pas vérifiés la société engagerait sa responsabilité vis-à-vis du DG révoqué.

Si le DG est en même temps président du CA, il est révocable ad nutum (c'est-à-dire discrétionnairement).

Généralement c'est la même personne quand les sociétés ont à leur tête un DG, le représentant social de la SA est révocable ad nutum.

Si le DG n'est pas administrateur, il peut cumuler sa fonction de représentation sociale avec un contrat de travail sérieux et effectif si au contraire il est administrateur il faut appliquer les règles de cumul de fonction d'un administrateur et d'un salarié de la société.

b. Les pouvoirs :

Ils sont vastes.

- Leur étendue : fixée par les arts L 225-51 et suivants du Code de commerce. Quand il s'agit d'un représentant social ses pouvoirs sont de 2 sortes, tout d'abord il représente la société dans ses rapports avec les tiers, c'est le seul à pouvoir conclure des contrats avec les tiers en engageant la société et c'est le seul qui puisse ester en justice au nom de la société, il représente la société sur la scène du droit. Puis il a une fonction de dirigeant et la loi précise qu'il est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société.

Ces pouvoirs connaissent 2 types de limitation :

* Une qui relève du droit commun des sociétés, application de la règle de la séparation des pouvoirs, les pouvoirs du DG sont limités en ce qu'il ne peut empiéter sur les prérogatives que la loi attribue de manière exclusive à d'autres organes. Ces organes sont les assemblées d'actionnaires, le CA. Le DG ne peut modifier les statuts, ceci appartient à l'AGE. Il ne peut pas exercer les prérogatives qui appartiennent à l'AGO : il ne peut nommer les administrateurs. Il ne peut pas exercer les compétences du CA, par ex il ne peut pas convoquer l'AGE ou l'AGO, il ne peut pas établir les rapports qui sont de la compétence exclusive du CA, il ne peut pas autoriser la société à garantir un tiers. Expression du modèle démocratique.

* Exception qui relève du droit des sociétés à risque limité, elle intéresse l'objet social. Dans les sociétés à risque limité, le législateur dispose de ceci : la société est engagée même par les actes de son représentant qui outrepasserait l'objet social. Elle ne peut se dégager en cas de dépassement de cet objet que si elle prouve que le tiers connaissait ce dépassement ou ne pouvait l'ignorer, que si elle prouve que le tiers est de mauvaise foi. Cette preuve ne peut pas être apportée par la société du seul fait que l'objet social figure dans les statuts et du fait que ces statuts sont publiés.

2) Le PDG

99 C'est celui qui cumule les pouvoirs de président du CA et de DG.

La fonction de président du conseil d'administration est sa première casquette.

- La statut : il est nommé par le conseil lui-même parmi les membres de ce conseil et ce qui caractérise son statut est qu'il est révocable à double titre, il peut d'abord être révoqué par le CA lui-même qui l'a nommé et il est alors révocable ad nutum (c'est-à-dire sans motifs).

Mais il peut être également révoqué par l'assemblée générale ordinaire des actionnaires en tant qu'administrateur, il est aussi révocable ad nutum, il dépend d'abord du bon vouloir ad nutum et il est ensuite soumis à la volonté discrétionnaire de l'assemblée ordinaire des actionnaires qui nomme et qui révoque les administrateurs. En tant que président du conseil il est révocable par le conseil et en tant qu'administrateur révocable par l'AGO et dans les deux cas il peut être révoqué ad nutum.

Ses pouvoirs sont précisés par l'article L 225-51 du Code de commerce qui attribue au président du conseil 3 grandes fonctions :

- la première : il représente le conseil d'administration, (ce dernier est un organe collégial). Il représente le conseil dans l'ordre de la vie interne de la société mais il ne représente jamais la société à l'extérieur, c'est le PDG qui le fait.

Le président du conseil d'administration n'a aucune compétence pour conclure des contrats avec les tiers engageant la société. Le représentant social c'est le DG ou PDG.

- Il organise les travaux du conseil d'administration, il le convoque, il fixe son ordre du jour, il dirige les débats, il rencontre à l'assemblée générale des travaux de ce conseil, c'est lui qui prend connaissance des conventions courantes conclues dans des conditions normales.

- Il veille au bon fonctionnement des organes de la société, il s'assure que le conseil d'administration peut fonctionner normalement ayant reçu de la part de la direction générale les informations et les documents utiles.

Ces fonctions sont peu exaltantes alors que le président du conseil est exposé à des responsabilités écrasantes, celui qui accepte d'être président du conseil souhaite aussi être DG et celui qui représente et dirige la SA c'est un PDG.

Le PDG est révocable ad nutum alors que le DG n'est révocable que pour juste motif.

Le PDG peut être assisté d'un DG délégué.

3) Le DG délégué

100 Création de la loi nouvelle économique de 2001 : personnage qui assiste le DG.

a. Son statut :

Il est nommé par le conseil d'administration sur proposition du DG, il doit être une personne physique, il peut être administrateur ou pas, actionnaire ou pas. Il est révoqué par le conseil d'administration sur proposition du DG, (principe du parallélisme des formes), il peut être révoqué à tout moment, seulement pour juste motifs, comme le DG.

b. Ses pouvoirs :

Si le conseil d'administration qui l'a nommé n'a rien précisé, il a les mêmes pouvoirs de représentation et de direction sociale que le DG lui-même mais le plus souvent le conseil d'administration précise ses pouvoirs et il a alors les compétences que lui donne son acte de nomination, (par exemple : développer l'activité de la société sur le territoire de la Chine).

Il dispose de pouvoirs très étendus mais limités à un territoire ou à une activité particulière.

101 Dans la SA moniste classique : les administrateurs, le président du conseil d'administration nommé par les membres du conseil, il y a le directeur général et le représentant social.

Il arrive que ce directeur général soit aussi président du conseil d'administration et celui qui a ses deux casquettes s'appelle le PDG (président directeur général) On rencontre aussi des

directeurs généraux délégués qui assistent le PDG ne devant pas être confondus avec les directeurs techniques qui sont les salariés de la société.

Dans la société dualiste, il y a les membres du directoire et aussi parfois ce directoire peut être réduit à une seule personne : le directeur général unique.

Il y a enfin les membres du conseil de surveillance.

Maintenant que la forme moniste de la société anonyme a été étudiée, il est nécessaire de se pencher sur la forme dualiste (§2), afin de savoir laquelle est la plus à même en prendre en considération les intérêts des salariés, via leur vie privée.

§2. La forme dualiste : la SA avec directoire et conseil de surveillance

102 Les articles L 225-57 et suivants du code de commerce régissent le fonctionnement de la SA.

Ex : Peugeot, Accord, AXA UAP, Club Med, etc.

La réforme de l'organisation des pouvoirs au sein de la SA avec conseil d'administration faite par la loi de 2001 NRE, rapproche beaucoup la SA avec conseil d'administration et directeur général, de la SA avec directoire, et conseil de surveillance.

L'idée : était de bien dissocier les organes de gestion (direction) et de surveillance, car à l'époque l'autre sorte de SA avec conseil d'administration dissociaient très mal ces deux fonctions là. Mais on a vu qu'avec la loi de 2001, maintenant, le rôle du conseil d'administration était devenu un rôle de surveillance. Ces pouvoirs ont été calqués sur les pouvoirs du conseil de surveillance.

Un membre en fonction du conseil de surveillance ne peut faire partie du directoire : une fois encore, il s'agit de l'application de l'idée de la séparation des pouvoirs.

Il est nécessaire de se pencher en premier lieu sur le rôle du directoire (A), puis en second lieu sur celui du conseil de surveillance (B).

A. Le directoire

103 C'est en principe un organe collégial, composé en principe de plusieurs membres, cinq au plus, ou bien sept au plus, si la société est cotée en bourse.

Il peut arriver cependant, que le directoire dépouillant son aspect collégial ne soit représenté par une seule personne : le directeur général unique : autant dire que l'on retombe dans le cadre d'une SA avec conseil d'administration.

Le statut des membres du directoire

104 Ils sont nommés par le conseil de surveillance. Ils sont nécessairement des personnes physiques, et ils peuvent être actionnaires ou non.

Un membre du directoire peut devenir salarié de la société, et inversement, car l'idée du législateur à l'époque était de permettre une professionnalisation de la société qu'elle soit dirigée par des professionnels compétents (1966).

Ces membres sont révoqués par l'assemblée générale des actionnaires, sur proposition du conseil de surveillance.

Arbitre d'un éventuel conflit entre directoire et conseil de surveillance.

Ils sont révocables pour juste motif seulement, pas ad nutum, et ils sont dans la situation des administrateurs de la SA, du directeur général de la SA, du gérant de la SARL, du gérant de la SNC (société en nom collectif).

Ils disposent d'un statut assez stable qui leur permet d'exercer des fonctions importantes.

Les fonctions :

* 2 sortes, elles sont générales et spéciales.

- **Le pouvoir général du directoire**

Il est le même que celui du directeur général ou que du PDG, ou que le gérant de la SARL, c'est le pouvoir de représentant social dans une société à risque limité.

L'article L 225-64 al 1er du code de commerce dispose que le directoire a les pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société.

Il représente la société sur la scène juridique, et il la dirige également, avec deux limites :

La première tient à la mise en œuvre de la règle de la séparation des pouvoirs dans le droit des sociétés, il ne peut pas empiéter sur les compétences attribuées par la loi aux autres organes (assemblées d'actionnaires ordinaires et extraordinaires, conseil de surveillance).

Registre de l'objet social : dans les sociétés à risque limité, la règle est toujours, la même, la société est engagée même si le directoire dépasse l'objet social, elle ne peut se dégager qu'en

démontrant que compte tenu des circonstances le tiers connaissait ce dépassement, mais il est exclu que la preuve puisse être apportée par le fait que les statuts contiennent ... idem SARL, SA, SAS.

- **Les pouvoirs spéciaux**

Ils sont nombreux et énumérés par plusieurs textes.

Quelques exemples :

C'est le directoire qui convoque l'assemblée générale et qui fixe son ordre du jour.

C'est lui aussi qui établit les comptes de la fin de l'exercice, qui doivent être soumis au conseil de surveillance et pour approbation à l'assemblée générale ordinaire.

Il rédige à l'attention de l'assemblée des actionnaires, un rapport concernant la marche de la société pendant l'exercice écoulé et qui présente sur ce sujet un rapport trimestriel au conseil de surveillance.

Il présente également les rapports spéciaux au conseil de surveillance, à l'assemblée des actionnaires ou aux deux.

Le conseil de surveillance (B) contrôle les pouvoirs du nouveau conseil d'administration.

B. Le conseil de surveillance

105 Composé de 24 membres, eux même représentés par un président et un vice président. Le statut des membres du conseil de surveillance.

Ils sont nommés par l'assemblée générale des actionnaires et doivent être comme les administrateurs actionnaires eux mêmes.

Comme les administrateurs ils sont révocables ad nutum, mais au contraire, ils peuvent à certaines conditions cumuler cette fonction avec des fonctions de salarié de la société dans la limite quantitative du tiers des membres de ce conseil de surveillance.

Ces membres sont regroupés en organes : disposent de fonctions.

106 Le conseil d'administration est composé d'administrateurs considérés comme des dirigeants sociaux qui sont exposés aux sanctions. Ce n'est pas le conseil d'administration qui est responsable, car n'a pas la personnalité juridique. Seul un être juridique peut être responsable.

En revanche, les administrateurs pris séparément n'ont aucun pouvoir, c'est le conseil d'administration qui a un pouvoir.

C'est presque la même chose pour le conseil de surveillance. Le pouvoir est exercé par cet organe. Les membres du conseil de surveillance, pris séparément n'ont aucun pouvoir. Mais, au contraire des administrateurs, ils ne sont pas considérés comme des dirigeants sociaux. En conséquence, ils ne sont pas exposés, aux responsabilités civiles inexistantes, pénales très lourdes.

- **Compétence du conseil de surveillance**

* Les pouvoirs généraux

107 L'article L 225-68 du Code de commerce, dispose que le conseil de surveillance exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire. Il apprécie la régularité de la gestion du directoire.

Il apprécie aussi la valeur commerciale de cette gestion qui en résulte pour la société.

À toute époque de l'année, il opère les vérifications qu'il juge opportunes, et il se fait communiquer les documents qu'il estime utile à la réalisation de sa mission.

108 Une fois par trimestre au moins, il reçoit un rapport du directoire, sur la marche des affaires sociales. Dans les trois mois suivant la clôture de chaque exercice, il reçoit du directoire les comptes sociaux, qui doivent être soumis à l'approbation de l'assemblée générale annuelle.

La synthèse de ces opérations de vérification, le conseil de surveillance présente à l'assemblée générale annuelle ses observations sur le rapport du directoire et sur les comptes de l'exercice. Ces pouvoirs généraux de surveillance se doublent de différents pouvoirs spéciaux.

* Les pouvoirs spéciaux :

109 Ils sont divers, le conseil de surveillance nomme les membres du directoire et propose leur révocation à l'assemblée générale, il nomme le président du directoire et le révoque, il a le pouvoir de convoquer l'assemblée générale, c'est lui qui intervient en donnant son autorisation sur le domaine des conventions réglementées, et c'est lui aussi qui autorise

certaines actes tels les cautions, avals et garanties donnés par la société à des tiers (comme conseil d'administration).

110 La forme dualiste de la société anonyme (avec directoire et conseil de surveillance) est assez rare en France.

Trois types de sociétés sont attirés par la forme dualiste :

- les filiales françaises de groupes étrangers,
- les sociétés anonymes dont les dirigeants organisent leur succession, et
- les sociétés qui veulent mettre en pratique les principes de Corporate Governance²⁰.

111 La forme dualiste qui provient du droit allemand, a instauré la distinction entre la gestion et le contrôle.

Ce n'est pas pour autant que le système dualiste a remporté un franc succès, étant donné que l'entreprise peut répartir les pouvoirs d'un point de vue interne²¹.

112 Pourquoi le système dualiste ne convient pas forcément aux sociétés françaises ?

Les salariés ont leur place au sein du conseil de surveillance, avec voix consultative, seulement s'il existe un comité d'entreprise dans la société.

Le système moniste permet aux représentants du personnel d'avoir un plus grand champ d'action car les membres du comité d'entreprise agissent au sein du conseil d'administration, considéré comme un « organe aux pouvoirs plus forts » que le conseil de surveillance²².

Il serait nécessaire d'accorder une plus grande liberté dans l'articulation des pouvoirs : directoire / conseil de surveillance / assemblées d'actionnaires.

²⁰ J.-J. Caussain, « Le gouvernement d'entreprise et les sociétés cotées » : Gaz. Pal., 9 octobre 1998, no282, p. 24

²¹ Y. Djian, Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du Marché Commun, Biblio. dr. comm., 1965, t. 12

²² Pour une évolution du droit des sociétés anonymes avec directoire et conseil de surveillance

- **Le directoire, des modifications nécessaires ?**

113 Il serait judicieux de permettre aux membres du conseil de surveillance d'avoir un rôle dans la composition des membres du directoire. De ce fait, le directoire agirait de manière moins autonome.

« Le conseil de surveillance agit au nom de la société avec une légitimité moins forte que celle du directoire »²³.

Le conseil de surveillance a le pouvoir de supprimer la qualité de représentant social du président du directoire, mais aussi de modifier la durée des fonctions de représentation (président, directeur général), sauf pendant les 4 ans où la période est considérée comme « déterminée et intangible ».

La rigidité de l'« équipe directoriale » est-elle favorable à l'intérêt des salariés ?

Un enjeu supérieur du salarié permettrait-il de modifier ladite équipe ?

114 Si l'on veut modifier « l'équipe de direction », il est nécessaire d'obtenir l'accord des membres du directoire, il serait nécessaire de révoquer en premier lieu les membres du directoire par le conseil de surveillance pour après renouveler ladite équipe.

Le conseil de surveillance se doit d'être garant de l'intérêt social, qui pourrait être amélioré en garantissant une égalité entre les directeurs généraux, co-présidents du directoire.

- **Pouvoirs de contrôle du conseil de surveillance :**

115 En vertu de la loi de 1966, le conseil de surveillance contrôle uniquement la société, mais pas aux sociétés contrôlées par la société à directoire. Certains auteurs se posent la question de la légitimité d'étendre ledit contrôle.

Le conseil de surveillance de la société mère devrait pouvoir exercer des enquêtes dans les filiales.

De plus, le rapport R. STORP préconise d'« améliorer les techniques de contrôle accessibles au conseil de surveillance »²⁴.

²³ Pour une évolution du droit des sociétés anonymes avec directoire et conseil de surveillance

²⁴ Rappr. R. Storp, « L'exemple de la SA de droit allemand » : Petites affiches, 14 octobre 1998, no 123, p. 17

116 Le conseil de surveillance peut créer des commissions qui ne sont que « consultatives » et qui ne peuvent comprendre que des personnes ayant la qualité de membre du conseil de surveillance.

Certains auteurs considèrent ces limitations comme « excessives ».

117 L'intérêt de cette thèse réside en l'intégration des salariés dans la direction de l'entreprise, via la prise en compte de leurs intérêts à travers la thématique du respect de leur vie privée.

Les nombreux principes du « gouvernement d'entreprise » ne prennent pas assez en compte les intérêts des salariés.

118 Nous allons tenter d'examiner les intérêts des salariés, en particulier le respect de leur vie privée, puis nous allons tenter d'intégrer leurs intérêts dans la politique de gouvernement de l'entreprise, chose qui n'a pas vraiment été réalisée, à travers la confrontation des intérêts de l'employeur et des salariés (Chapitre 2).

Le gouvernement d'entreprise prônant plutôt l'intérêt des actionnaires.

Chapitre 2: Des acteurs essentiels de la gouvernance d'entreprise: employeur et salariés

119 La signature du contrat de travail employeur / salarié matérialise leur relation, le premier détenant un pouvoir d'autorité sur le second en lui assignant les tâches à accomplir contre rémunération.

Autrement dit, le salarié met son activité au service dudit employeur, sous l'autorité duquel il se place et moyennant le versement d'un salaire.

Il convient donc d'étudier en premier lieu le pouvoir de l'employeur sur l'activité du salarié (Section 1), pour ensuite s'attarder sur le pouvoir de l'employeur sur la personne même du salarié (Section 2).

Section 1 : Une composante essentielle de la gouvernance d'entreprise : Le pouvoir de l'employeur

120 « Le droit disciplinaire, dans notre système juridique moderne est comme un orphelin qui cherche ses parents sans les pouvoir retrouver » Hauriou²⁵.

Or, il est à noter que la relation employeur / salarié est fondée sur une base contractuelle : le contrat de travail. A ce sujet, la doctrine s'est longtemps posée la question de savoir comment nous pouvions « *admettre qu'au sein d'une relation contractuelle, une des parties dispose du pouvoir d'infliger une peine, une sanction, pour une faute commise dans l'exécution de la prestation* »

Par ailleurs, nous pouvons quant à nous nous demander sur quels fondements l'une des parties de ce contrat pouvait infliger une peine à l'autre partie ?

121 Si l'on compare avec l'Etat, ce dernier dispose d'un pouvoir coercitif à l'encontre des citoyens. Si l'on transpose à présent ce pouvoir à l'employeur, nous sommes dans le domaine des peines privées et nous pouvons employer la formule doctrinale de « salarié-citoyen ».

Les auteurs ont donc cherché le fondement de ce pouvoir coercitif reconnu au chef d'entreprise.

²⁵ Hauriou, Précis de droit administratif, 1905, p 5.

122 Pour cela, une première partie de la doctrine s'est fondée sur une « *analyse contractuelle* » afin de justifier le pouvoir de sanction du chef d'entreprise, précisant que le salarié avait accepté les sanctions figurant dans le règlement intérieur en signant le contrat de travail.

La valeur du contrat de travail avait alors la même que celle du règlement intérieur pour les parties.

Cette idée a été abandonnée par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 16 juin 1946 qui précisait que l'employeur « *détient ce pouvoir 'ès qualité' pouvant ainsi se faire justice à lui-même, avant toute autorisation judiciaire* ».

Cet arrêt confère toute légitimité au pouvoir de l'employeur sans se fonder sur le contrat de travail : « *le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise, existe de plein droit et a un caractère social, institutionnel et non contractuel* ».

123 Une autre partie de la doctrine a refusé de considérer que les pouvoirs disciplinaires de l'employeur s'exerçait par délégation de l'Etat : « *elle est une nécessité organique de la vie collective ; l'Etat ne la crée pas, tout au moins se borne-t-il parfois à se l'incorporer* »²⁶ et rajoute que « *l'entreprise est autre chose qu'une simple juxtaposition de contrats individuels de travail. Elle est une communauté de travail, un corps social, réunissant des personnes qui participent, avec des fonctions différentes, à une œuvre d'ensemble, et qui sont soumises à l'autorité de l'une d'elles, le chef d'entreprise* ».

124 Cette controverse doctrinale nécessitait donc une intervention législative.

La loi sur le licenciement de 1970 et notamment la loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise vont définir les conditions d'exercice du pouvoir disciplinaire en consacrant « *le pouvoir unilatéral de l'employeur en matière d'élaboration du règlement intérieur* ».

125 Il est nécessaire de préciser que les mesures relatives au pouvoir disciplinaire de l'employeur se situent outre le règlement intérieur, dans les conventions collectives.

Le salarié qui signe le contrat de travail en s'engageant auprès de l'employeur, « *se soumet à l'autorité de celui-ci* », mais ne renonce pas pour autant à la totalité de ses droits et libertés

²⁶ J.Bréthe De La Grassaye, op. cit., p. 110.

individuels. Ces derniers devront ainsi faire l'objet d'une certaine adaptation face aux obligations du contrat de travail.

L'employeur pourra utiliser son pouvoir de sanction lorsque le salarié aura dépassé les droits qu'il avait.

Cette sanction devra répondre à un objectif de finalité et de proportionnalité.

Une conciliation doit cependant avoir lieu entre l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur et des droits et libertés fondamentales du salarié.

L'employeur ne peut se permettre d'exercer son pouvoir de façon discrétionnaire, il se doit de respecter les droits et libertés du salarié. Il s'agit là d'un conflit d'intérêt entre la liberté d'entreprendre de l'employeur et les droits et libertés du salarié.

Pour exercer son pouvoir disciplinaire et porter une atteinte aux droits et libertés du salarié, l'employeur doit justifier d'une faute du salarié.

J. SAVATIER a soutenu à ce sujet que « ***Le progrès de la liberté des travailleurs, c'est tout d'abord le refus du paternalisme de l'employeur et de ses ingérences dans la vie privée du salarié*** ».

Mais tenons-nous en au principe selon lequel « *le pouvoir disciplinaire dans l'entreprise est inhérent à la qualité d'employeur et à l'existence d'un lien de subordination juridique* »²⁷.

126 Même si l'employeur se doit de réussir à concilier les droits fondamentaux du salarié, en l'occurrence leur vie privée avec ses pouvoirs (Sous-section 1), ladite conciliation peut être difficile à trouver, ce qui peut aboutir à certaines dérives des pouvoirs de l'employeur (Sous-section 2).

²⁷ C. trav., art. L. 1331-1. – Cass. soc., 16 oct. 1980, n° 79-40.111 : JurisData n° 1980-705205 ; JCP CI 1981, I, 9441, p. 48, n° 14, note B. Teyssié

Sous-section 1 : Une nécessaire conciliation des droits fondamentaux et des pouvoirs de l'employeur

La recherche de la conciliation des droits fondamentaux et des pouvoirs de l'employeur doit passer par la mise en œuvre d'un équilibre entre les droits fondamentaux du salariés et desdits pouvoirs (§1), qui peut s'avérer être remis en cause (§2).

§ 1 : La mise en œuvre d'un équilibre entre les droits fondamentaux du salarié et les pouvoirs de l'employeur

Les actions de l'employeur à l'égard de ses salariés se doivent d'être proportionnées et équilibrées, ces notions ont longtemps fait l'objet de controverses (doctrinale ou jurisprudentielle), pour pouvoir enfin trouver une signification (A) et s'appliquer concrètement (B).

A. L'élaboration de la notion de proportionnalité / droit d'équilibre

1) Historique et définition

a. Petit historique

127 L'entreprise du 19^{ème} siècle était le lieu où l'employeur pouvait exercer pleinement ses pouvoirs, face à des salariés en position de faiblesse. L'égalité employeur / salarié n'était pas le maître mot des entreprises / usines / mines décrites dans les romans d'Emile Zola qui en sont une parfaite illustration.

Ce « *culte de l'entreprise* » disparaît au profit du principe d' « *ordre public de protection des salariés* »²⁸.

C'est une étude du Professeur Alain SUPLOT qui va décrire chronologiquement le système de conflit entre les intérêts des salariés (protection de leur liberté individuelle, en l'espèce : vie privée) et de l'employeur (intérêt de l'entreprise, liberté d'entreprendre, droit de propriété) :

- « *le temps de la protection des salariés jusqu'à la fin des années soixante* »,

²⁸ Dr VILLERME, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et soie*, Union Générale d'Editions, coll. 10/18, n° 582, Paris, Edmis, 1979, 2 vol., T., II, rapport présenté en 1840 à l'Académie des sciences morale

- « *le temps de la sauvegarde des intérêts du patronat jusqu'au début des années quatre-vingt* » (Les droits et libertés du salarié étant établis, les auteurs écrivent sur leur application concrète) et
- « *le temps de l'équilibre depuis* »²⁹.

128 C'est auprès de la juridiction administrative que les premiers litiges opposant l'exercice du pouvoir et la volonté de protéger les droits et libertés individuelles sont nés. La notion de proportionnalité entre ces deux valeurs opposées provient donc du droit public. Les premiers contrôles de proportionnalité seront donc exercés par les juges administratifs. Les premiers écrits concernant la proportionnalité proviennent de la doctrine publique.

129 La loi du 4 août 1982 va insérer dans notre législation cette notion de proportionnalité, à travers deux articles du Code du travail³⁰ :

Article L 1333-1 et L 1321-3 du Code du travail

Ces deux articles mettent en lumière le double sens de la proportionnalité, à savoir :

- la proportionnalité des sanctions face à la faute commise et
- les restrictions apportées aux droits et libertés du salarié par l'employeur par rapport au but recherché.

130 Enfin, c'est la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes (désormais CJUE) qui a fait apparaître ce principe pour la première fois en 1956 et qui va le consacrer en tant que PGD (principe général du droit) dans un arrêt du 18 mars 1980³¹, ainsi que l'article 8 paragraphe 2 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Mais que signifie exactement ce terme : proportionnalité ?

b. Définition

131 La proportionnalité nécessite d'instaurer un équilibre minimum entre les intérêts divergents mais qui concourent tous une même œuvre.

²⁹ A. SUPIOT, Pourquoi un droit du travail, Dr. Soc. 1990, p. 485 et s., sp. p. 486)

³⁰ Loi du 4 août 1982, L n° 82-689 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise. J.O. 6 août 1982, p. 2518

³¹ CJCE, 18 mars 1980, Valsabbia, Rec. CJCE, p. 907

Plusieurs auteurs ont en effet désiré donner une définition de cette notion ou tout du moins ont essayé de l'illustrer à travers certaines métaphores.

C'est ainsi que le Professeur W. JELLINEK compare l'acte disproportionné d'un employeur envers son salarié avec le fait de « *tirer sur un moineau avec un canon* »³².

Ou encore pour le Professeur X. PHILIPPE, il s'agit d'un « *caractère* »³³ qui selon la définition du Petit ROBERT représente « *le caractère des grandeurs qui sont ou restent proportionnelles entre elles* ». De plus ce dernier parle « *d'un rapport d'harmonie, de correspondance* ».

132 La notion de proportionnalité recouvre surtout la notion de conciliation d'intérêts opposés / divergents, d'équilibre afin de parvenir au **bien commun et au juste**³⁴.

En effet, selon le Professeur Marine BEHAR-TOUCHAIS : « *Qui dit proportionné dit juste* ».

Il est nécessaire de constater chacun des intérêts opposés afin d'aboutir à cet équilibre³⁵ ;

A travers cette notion de proportionnalité le droit du travail n'est plus représenté comme « *un droit au service du chef d'entreprise ou des salariés mais un droit d'équilibre entre ces intérêts* »³⁶.

La notion de proportionnalité a mis du temps à émerger car elle se trouvait confrontée à « *la force des pouvoirs de l'employeur* », qui désormais sont limités par le respect des droits et libertés fondamentales du salarié dans l'entreprise.

D'autant plus que les années quatre-vingt ont connu la naissance et le développement de la jurisprudence de « *l'employeur seul juge* » : « *Sauf détournement de pouvoir, l'employeur est juge de l'opportunité des mesures à prendre pour la bonne marche de celle-ci* »³⁷.

³² W. JELLINEK, cité par X. PHILIPPE, Le contrôle de la proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, préface Ch. DEBBAH, Economica-P.U.A.M., 1990, page de garde.

³³ X. PHILIPPE, op. cit. p. 7

³⁴ *Les Petites affiches*, n° spéc., n° 117, 30 septembre 1998 p. 21 et s., sp. n° 16, p. 26 « *L'importance, en droit des sociétés, du principe de proportionnalité a pu se justifier par la notion même de société. L'idée d'intérêt commun, comme le ciment de l'accord des associés, commande aussi la prohibition des clauses léonines. Une même idée ne marque – t – elle pas le droit commun des contrats ?* »)

³⁵ N. MOLFESSIS, art préc., n° 16, p. 26 ; dans le même sens, S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préface de Horatia MUIR-WATT, LGDJ, Bibl. de dr. Privé, T. 335, 2000, introduction, p. 7

³⁶ G. COUTURER, Droit du travail, in Libertés et droits fondamentaux, sous la direction de M. DELMAS-MARTY et C. LUCAS DE LEYSSAC, Points, Essais, 1996, p. 295 et s., sp. p. 307, à propos du principe de proportionnalité : « *On peut dire aussi que c'est un équilibre qu'il s'agit de trouver entre l'intérêt de l'entreprise, qui implique des contraintes inévitables, et la préoccupation de sauvegarder les libertés et les droits fondamentaux des personnes en cause* »

³⁷ Par ex : Cass soc 29 janvier 1981, préc. ; Cass. soc. 4 janvier 1980, Bull. civ. V, n° 6 ; Cass. soc. 28 mars 1979, Bull. civ. V, n° 580 ; Cass. soc. 22 juin 1978, Bull. civ. V, n° 508

La liberté individuelle du salarié a longtemps été sacrifiée au nom de la liberté d'entreprendre de l'employeur : « *Au droit des personnes, l'entreprise impose son rythme, ses exigences, ses contraintes, au prix, parfois, de quelques ruptures d'égalité* »³⁸

133 La proportionnalité confronte deux notions apparemment opposées à savoir **l'intérêt des salariés** (protection de leur vie privée) face à celui de **l'entreprise** (aspect économique de l'entreprise, liberté d'entreprendre, droit de propriété de l'employeur).

Il faut savoir que ces deux notions sont liées, la protection des intérêts du salarié permet de servir l'intérêt de l'entreprise (intérêt économique).

L'auteur du livre parle de « **droit du travail instrumentalisé** » : il est nécessaire de « *protéger le travailleur mais également de sauvegarder dans les meilleures conditions l'entreprise elle-même* ». Elle rajoute aussi que « *la proportionnalité ne doit pas conduire à la recherche de l'équilibre mais à la censure des déséquilibres excessifs* »³⁹

Mais ces deux intérêts sont – ils vraiment opposés ?

134 Deux intérêts en apparence opposés

Une bonne protection de la liberté individuelle de la vie privée du salarié ne va –t- elle pas de paire avec une bonne marche de l'entreprise ? et réciproquement ?

Il faut savoir que la liberté constitue la règle et la restriction, l'exception.

Aussi, on peut s'interroger et se demander dans quelles mesures une restriction de la liberté individuelle de la vie privée du salarié est acceptable ?

La restriction de la liberté individuelle du salarié :

135 Nous connaissons à l'heure actuelle une inflation excessive des droits des salariés, aussi, pouvons nous y voir un retournement de situation à savoir une atteinte des droits de l'employeur, ainsi qu'une perte d'efficience du travail du salarié.

Nonobstant, existe – t – il des éléments régulateurs ?

C'est ce domaine de restriction que nous allons étudier à travers la confrontation de l'exercice du pouvoir de l'employeur et celui des droits et libertés des salariés.

³⁸ B. TEYSSIE, Personnes, entreprise et relations de travail, Dr. Soc. 1988, n° 2, p. 374

³⁹ La proportionnalité en droit du travail, Isabelle CORNESSE

A ce sujet, il est nécessaire de commencer par l'étude des théories élaborées pour réaliser ce contrôle de proportionnalité.

2) Les différentes techniques de contrôle de la proportionnalité

a. Parallèle avec le droit public

136 Il a été précisé dans le paragraphe précédent que la notion de proportionnalité provient du droit public, c'est en effet la jurisprudence administrative qui a donné naissance à cette notion.

Aussi, la question à se poser peut-être la suivante : est – il possible de faire appel au droit public pour tenter de résoudre la problématique de la proportionnalité en entreprise ?

137 La problématique de la proportionnalité en entreprise

Si l'on établit un parallèle entre le droit administratif et le droit du travail, l'intérêt que l'administration entend protéger est l'intérêt général, alors que pour le chef d'entreprise il s'agit de l'intérêt de l'entreprise⁴⁰.

*C'est « le comportement du juge administratif qui manifeste une particulière réticence pour accepter les limitations aux libertés (...) C'est essentiellement cette attitude du juge administratif et la jurisprudence qui en découle en matière de liberté publique qui peuvent intéresser les 'travailleurs' »*⁴¹

Cependant, est – il possible de trouver la solution dans la jurisprudence administrative ?

Ce qu'énonce la jurisprudence administrative

138 « Le parallèle établi entre le pouvoir de police de l'Administration et le pouvoir d'édicter un règlement intérieur s'arrête lorsqu'il s'agit de définir la finalité de ce dernier ».

⁴⁰ A JEAMMAUD et A LYON-CAEN, Droit et direction du personnel, Dr. Soc. 1982, p. 56 et s., sp. p. 68 : « 'l'intérêt de l'entreprise' occupe une place (au sein de l'entreprise) qui n'est pas sans évoquer celle de 'l'intérêt général' qu'est censé incarner l'Etat face à la société ».

⁴¹ Ph ARDANT, introduction au débat sur la table ronde consacrée aux libertés du citoyen dans l'entreprise, Travaux du colloque « L'entreprise et les libertés publiques », Nanterre 20 et 21 novembre 1981, Dr. Soc. 1982, p. 428.

Selon Alain BACQUET, seules des considérations d'hygiène et de sécurité peuvent justifier la mise en place de restrictions aux libertés individuelles du salarié dans le règlement intérieur. Le pouvoir de l'Administration se trouve limité par un **intérêt général** alors que celui du chef d'entreprise par un **intérêt privé**.

Selon Philippe ARDANT, il s'agit de **deux « finalités distinctes »** qui ne peuvent être comparées entre elles, mais qui selon nous se complètent.

La doctrine reconnaît tout de même la mise en œuvre de la défense des libertés par le Conseil d'Etat, qui peut servir d'exemple pour la direction de l'entreprise.

b. La théorie du bilan

139 Cette théorie consiste à « *confronter les avantages aux inconvénients de la décision de l'employeur* » et d'en établir un bilan qui se révélera soit positif soit négatif.

Un bilan positif aboutira à la validation de la décision par le juge et inversement.

Un élément disproportionné par rapport à un autre va « déséquilibrer le bilan ».

Prenons l'exemple d'un salarié qui a été licencié car il a refusé d'accepter une mutation.

En vertu de la théorie du bilan, le juge devra prendre en compte « *l'intérêt de la mutation pour le bon fonctionnement de l'entreprise mais encore son incidence sur la vie du salarié* ».

Cette théorie permet de renforcer les pouvoirs du juge qui devront examiner scrupuleusement les deux argumentations des intérêts distincts afin de les mettre en balance.

L'arrêt SAT du 8 décembre 2000⁴² va rejeter toute similitude entre ces deux contrôles de proportionnalité.

« *Le contrôle de qualification de l'intérêt général n'a pas d'équivalent en droit du travail. Le chef d'entreprise n'est pas dans la position de l'Administration qui doit concilier différents buts qui peuvent s'opposer* ».

Mais une fois cette notion définie, qu'en est-il de son application concrète (B) ?

⁴² Arrêt SAT, Assemblée plénière, 8 décembre 2000, N° de pourvoi: 97-44219

B. La concrétisation de la notion de proportionnalité

1) La nécessaire harmonie entre la mesure de l'employeur et la vie privée du salarié

140 Il s'agit avant toute chose de concilier les intérêts de l'employeur avec ceux du salarié.

Le Dictionnaire le Petit ROBERT précise que le terme concilier signifie « mettre d'accord, amener à s'entendre (des personnes divisées d'opinion d'intérêt) », « faire aller ensemble, rendre harmonieux (ce qui était très différent, contraire) ».

La conciliation d'intérêts opposés est une « *constante de la proportionnalité, un point d'équilibre entre les nécessités du fonctionnement de l'entreprise et la sauvegarde des droits des personnes et des libertés individuelles* »⁴³.

141 Il y a d'un côté les pouvoirs de l'employeur qu'il désire exercer pleinement et de l'autre les droits des libertés des salariés qui se doivent d'être respectés.

Il ne s'agit alors plus d'opérer entre eux un choix mais de trouver une solution respectueuse de chacun de ces intérêts.

En vertu de l'article L 1121-1 du Code du travail, il faut vérifier que les restrictions aux droits et libertés des individus sont justifiées « *par la nature de la tâche à accomplir 1) et proportionnées au but recherché 2)* ».

142 A ce sujet, certains auteurs doctrinaux comparent l'employeur avec le **bon père de famille**, la proportionnalité en droit du travail doit se construire autour de la notion de « **bon chef d'entreprise** » voir même de « **bon salarié** ». Un bon chef d'entreprise agira avec mesure, respectera son salarié et donc sa vie privée⁴⁴.

Respecter la proportionnalité entre ces deux notions revient à exiger un rapport de corrélation entre les moyens et la fin, une recherche d'harmonie.

Selon le professeur X. PHILIPPE, un rapport de logique doit s'établir entre les motifs, l'objet et le but de la décision⁴⁵.

⁴³ La proportionnalité en droit du travail, Isabelle CORNESSE

⁴⁴ J.-E RAY, Le chef injuste : l'exemple du chef d'entreprise, in De l'injuste au juste, sous la direction de M.-A FRISON-ROCHE, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1997, p. 19 et s. Exposition de la thèse arguant une filiation entre le patron et le père

⁴⁵ X. PHILIPPE, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, préface Ch. DEBBASH, Economica-P.U.A.M., 1990, p. 410

De même pour les restrictions aux droits et libertés des salariés présentes dans le règlement intérieur. En effet selon Yves CHALARON : *« c'est dans l'intérêt de l'entreprise que l'article L 122-35 du Code du travail (article L 1321-3 nouveau) admet que, par exception, le règlement intérieur apporte aux droits des personnes et aux libertés, des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché »*.

L'atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.

2) Une mesure en fonction de la nature de la tâche à accomplir

143 Le contrôle de la CRS (cause réelle et sérieuse) du licenciement consiste en la prise en compte de la nature des fonctions.

Si l'on prend l'exemple de la secrétaire d'un concessionnaire automobile d'une marque X qui utilise une voiture d'une marque Y son licenciement est injustifié. Cela aurait été différent s'il s'agissait d'une représentante commerciale de l'entreprise par exemple⁴⁶.

144 De même pour l'enseignante divorcée qui a été licenciée dans l'établissement d'enseignement catholique, cela n'aurait pas été le cas si la personne en question avait fait partie du membre du personnel d'entretien⁴⁷.

La nature de la tâche à accomplir représente tout d'abord la nature de l'entreprise en question. Si l'on reprend l'exemple de l'enseignante licenciée, la solution aurait été toute autre dans un établissement public. En l'espèce, la nature de l'entreprise peut faire varier la solution, c'est-à-dire *« l'intensité du trouble apporté à son bon fonctionnement et par là même celle du seuil de proportionnalité de la riposte »* selon le Professeur Isabelle CORNESSE.

Le contrôle exercé de la décision par rapport à la nature de la tâche à accomplir est un contrôle « qualitatif ».

Le Professeur Gérard LYON-CAEN dans son rapport de 1992 parle de « principe de finalité » qui doit reposer sur *« la démonstration de l'adéquation de la décision à la situation au regard du but poursuivi »*.

⁴⁶ Cass. soc. 22 janvier 1992, Dr. Soc. 1992, p. 334, note J. SAVATIER

⁴⁷ AP, 19 mai 1978, JCP 78, éd. G, II, 19009, rapp. M. SAUVAGEOT, obs. R. LINDON ; D. 1978, p. 541, concl. R. SCHMELCK, note Ph. ARDANT ; Gaz. Pal. 1978, 2 p. 464, note J. VIATTE

3) Une mesure en fonction de la nature de la tâche à accomplir et surtout du but recherché

145 Le but recherché représente la notion de finalité, sa « fonction », le rôle que la restriction doit remplir.

Il existe une controverse doctrinale au sujet de la cette notion de but.

Le premier courant « impose une **vision restrictive** du but recherché limité essentiellement à **l'hygiène et à la sécurité** » alors qu'un second courant « *associe le but recherché à l'intérêt de l'entreprise dans son acception la plus large* ».

Le Professeur TOUTAIN va suivre le premier courant précisant que le but recherché « *ne pouvait viser essentiellement que l'hygiène et la sécurité* »⁴⁸.

146 Quant au doyen Philippe WAQUET, celui – ci accorde la notion de but recherché avec celle de bon fonctionnement de l'entreprise, et consacre « *l'identité de ces deux notions* »⁴⁹.

Il est logique que le but recherché corresponde donc au bon fonctionnement de l'entreprise.

147 Chaque situation devra donc être étudiée *in concreto* : afin de savoir si dans le cas en question, « *le but recherché comporte bien un intérêt pour l'entreprise* ».

Toute restriction envisagée doit être « *justifiée et objective* ».

« *Plus le trouble apporté à l'entreprise sera grand, plus la réaction de l'employeur pour faire disparaître ce trouble apparaîtra légitime* ».

Il est nécessaire de préciser que la nature de l'entreprise « *influe sur la légitimité du but* ». C'est le cas des entreprises dites « *de tendance* » qui reposent sur une communauté de pensée religieuse ou politique.

148 Une fois cet équilibre trouvé, celui-ci peut se trouver remis en cause (§2) par certains mécanismes.

⁴⁸ Intervention TOUTAIN, J.O.A.N, du 14 mai 1982, p. 2195

Conclusions du commissaire du gvt Alain BACQUET/ arrêt CE peinture Corona (CE, 1^{er} fév 1980, Rec., p. 59 ; Dr. Soc. 1980, p. 310, concl. A. BACQUET)

⁴⁹ PH WAQUET, Les libertés dans l'entreprise, préc., p. 344

§2 : La remise en cause de l'équilibre entre les droits fondamentaux du salarié et les pouvoirs de l'employeur

La remise en cause de l'équilibre entre les droits fondamentaux du salarié et les pouvoirs de l'employeur se fait de deux façons : tout d'abord via le contrôle du juge (A), mais aussi par l'introduction de certaines clauses dans le contrat de travail (B).

A. L'incontournable contrôle du juge

1) Le contrôle de la mesure de l'employeur par le juge

149 Il est nécessaire de rappeler que le développement de la jurisprudence de « *l'employeur seul juge* » a mis à mal la contrôle de proportionnalité exercé par les juges sur les décisions de l'employeur : « *Sauf détournement de pouvoir, l'employeur est juge de l'opportunité des mesures à prendre pour la bonne marche de celle-ci* »⁵⁰.

Mais pour le professeur SAVATIER, le développement de cette jurisprudence ne fait pas obstacle au contrôle du juge qui doit tout de même porter sur « *le caractère nécessaire de la décision de l'employeur, ou sur sa conformité avec la finalité de bonne marche de l'entreprise* »⁵¹.

150 Une partie de la doctrine milite en faveur de l'arrêt de la consécration de l'intérêt de l'entreprise comme un intérêt supérieur. En effet, même s'il existe des intérêts opposés au sein de l'entreprise : « *[...] ce n'est pas en faire la synthèse ou les résoudre de manière harmonieuse que de systématiquement faire prévaloir l'intérêt de la direction de l'entreprise* ». Cela permettra aux juges de contrôler plus facilement les décisions de l'employeur.⁵²

⁵⁰ par ex : Cass. soc. 29 janvier 1981, préc. ; Cass. soc. 4 janvier 1980, Bull. civ. V, n° 6 ; Cass. soc. 28 mars 1979, Bull. civ. V, n° 580 ; Cass. soc. 22 juin 1978, Bull. civ. V, n° 508

⁵¹ J. SAVATIER, Pouvoir patrimonial et direction des personnes, Dr. Soc. 1982, p.6

⁵² B. GRELON : « *on devrait considérer que l'intérêt de l'entreprise... s'il existe, n'est qu'un intérêt particulier comme un autre et non pas la synthèse des intérêts des différents participants au sein de l'entreprise* ».

151 A l'heure actuelle, les juges contrôlent plus strictement et facilement les décisions de l'employeur dès lors que celles-ci risquent d'aller à l'encontre d'une **liberté fondamentale**.

Les juges hésiteront beaucoup moins à contrôler une décision restreignant une liberté fondamentale plutôt qu'une décision restreignant une liberté individuelle.

La hiérarchisation des libertés en cause va influencer le juge dans son devoir de contrôle.

En effet, lorsque l'exercice de la vie privée du salarié va causer un trouble au bon fonctionnement de l'entreprise, l'employeur va prendre une mesure, c'est cette dernière qui va faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité par le juge⁵³.

Plus les droits les libertés du salarié sont considérés comme importants et plus ils seront protégés : liberté du mariage, libertés reconnus comme « *l'un des fondements essentiels de notre société démocratique* » selon l'expression de la Cour européenne des Droits de l'homme, libertés constitutionnellement reconnues.

152 Le ministre du travail a jugé nécessaire de rajouter une nuance concernant le contrôle de proportionnalité qui doit être exercé par le juge. En effet, il précise que le « *Conseil des prud'hommes devra vérifier si la sanction est **disproportionnée** à la faute et non si elle est proportionnée* ».

« *La censure du juge ne pourra intervenir qu'en cas de démesure caractérisée entre la faute et la sanction* ».

L'appréciation de la proportionnalité se fait au cas par cas (casuistique) : le juge devra prendre en compte plusieurs éléments, à savoir l'ancienneté du salarié, ses antécédents « disciplinaires », la fréquence des faits fautifs dans l'entreprise ou dans le service, les conditions de travail, c'est-à-dire « *tout élément qui permet de cerner la réalité de la gravité de la faute* ».

Pour les clauses restrictives de liberté : il prend en compte la nature des fonctions, liée à la nature de l'entreprise.

Une clause du règlement intérieur trop générale doit être étudiée et contrôlée par le juge.

Dans l'arrêt Peinture Corona, la clause litigieuse en question permettait à l'employeur de réaliser un alcootest en cas de simple doute sur l'état d'ébriété de son salarié.

⁵³ La proportionnalité en droit du travail, Isabelle CORNESSE

Selon le Conseil d'Etat, une telle clause « *excède par sa généralité, l'étendue des sujétions que l'employeur pouvait légalement imposer en l'espèce en vue d'assurer la sécurité de son entreprise* ». Cette clause pouvait s'avérer « *injustifiée à l'égard d'un certain nombre de salariés* »⁵⁴.

153 En revanche, lorsque la clause en question prévoit un alcootest pour des **raisons de santé et de sécurité**, à savoir pour des salariés occupés à l'exécution de certains travaux ou à la conduite de certains engins ou machines (TA Marseille, 17 octobre 1985, Société Lacustra), cette clause s'avère justifiée.

154 *A contrario*, une clause restrictive de liberté peut s'avérer injustifiée lorsque la procédure la concernant n'a pas été respectée ou n'est pas assez précise.

Ainsi fut le cas d'une entreprise qui avait mis en place la fouille de salariés à la suite de vols répétés au sein de cette entreprise. N'ayant pas prévenu au préalable les employés, ni même réalisé cette fouille en toute discrétion, les faits n'auraient jamais dû se produire puisque les conditions procédurales n'étaient pas réunies.

155 Par ailleurs, lorsqu'une clause restrictive de liberté est insérée, il est nécessaire de respecter une certaine procédure pour la mettre en place : à savoir une information préalable des salariés, s'il s'agit d'une fouille, il est nécessaire de la réaliser dans des conditions discrètes, ou pour un dispositif de surveillance, ne pas conserver les informations au-delà du nécessaire⁵⁵.

Selon Isabelle CORNESSE en effet, « *l'imprécision de la proportionnalité provient de son adaptation à chaque cas d'espèce* ».

En outre, le Professeur Hélène SINAY précise que « *la notion de détournement de pouvoir pourrait intégrer un contrôle de l'opportunité de la mesure* ».

156 Aussi, nous pouvons donc nous poser plusieurs questions : lorsque l'employeur sanctionne de façon démesurée son salarié, son pouvoir disciplinaire n'est – il pas détourné ? Isabelle CORNESSE se demande même si « *le déraisonnable et la démesure n'attestent pas de la mauvaise utilisation par l'employeur de ses pouvoirs de chef ?* »

⁵⁴ CE, 1^{er} fév 1980, Peintures Corona, Dr. Soc. 1980, p. 310, concl. M. BAQUET ; Dr. Ouvrier, 1980, p.210, note S. ALTER

⁵⁵ B. BELOIR-CAUX, Des employés sous haute surveillance, Petites affiches ; n° 166, 20 août 1999, p. 4 et s., sp. p. 8 et suivants

A cet égard, afin d'exercer un meilleur contrôle, le juge peut recourir à une expertise afin de l'éclairer dans une matière qui requiert des connaissances particulières. Ce dernier toutefois n'est pas en mesure de maîtriser tous les sujets, aussi le rapport précis de l'expert va pouvoir l'aiguiller dans son contrôle.

2) Le contrôle des sanctions de l'employeur par le juge

157 Le système français repose sur un système de sanctions *a posteriori*, or nous pouvons nous demander s'il ne serait pas préférable d'élaborer des mesures préventives comme le suggère le professeur Ribeiro: « mesures concrètes destinées à permettre l'exercice des libertés (...) »⁵⁶

De plus, ce n'est pas l'absence de proportionnalité qui va induire une sanction mais celle-ci doit révéler un comportement abusif de la part de l'employeur⁵⁷.

En effet, pour que la sanction de l'employeur vis-à-vis de son salarié soit validée, celle-ci doit se révéler « **proportionnée** », elle doit être étudiée en fonction de la vie personnelle du salarié et ne pas induire de conséquences démesurées sur celle-ci.

En effet, une clause disproportionnée révélera un comportement déloyal du chef d'entreprise et sera donc censurée par le juge.

Dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 18 mai 1999, celle-ci affirme : « *La cour d'appel, qui n'a pas méconnu l'obligation du salarié de se conformer à la clause de mobilité, a relevé que l'employeur, tenu d'exécuter de bonne fois le contrat de travail, avait fait un usage abusif de cette clause en imposant au salarié, qui se trouvait dans une situation familiale critique, un déplacement immédiat dans un poste qui pouvait être pourvu par d'autres salariés* »⁵⁸.

L'analyse des juges révèle que ledit poste pouvait être occupé par d'autres salariés, d'autant plus qu'un déplacement immédiat révèle une certaine « brutalité » de changement incompatible avec la vie familiale du salarié.

158 A cet égard, il est nécessaire de distinguer deux situations concernant le licenciement du salarié suite au refus de respecter la clause de mobilité :

⁵⁶ J. RIVERO, op. cit., p. 271

⁵⁷ J.-D BREDIN, obs. sous Paris, 14 mai 1966, RTD civ. 1966, p. 834, n°4

⁵⁸ Cass. soc. 18 mai 1999, TPS 1999, comm. 261, note P.-Y. VERKINDT ; JCP 00, éd. E, n° 1-2, p. 40, note C. PUIGELIER

- « soit le refus du salarié est légitime et l'employeur s'obstine alors qu'il dispose d'une autre solution, le licenciement faisant suite au refus du salarié est sans CRS,
- soit le refus du salarié est légitime mais l'employeur ne dispose d'aucune solution de remplacement donc licenciement avec CRS ».

159 La validité de la sanction de l'employeur nécessite pour le juge de prendre en compte la vie personnelle du salarié et de se fonder uniquement sur des éléments objectifs. Selon JOSSERANC, le mobile apparaît alors comme « *susceptible de varier à l'infini, [...] individuel et essentiellement subjectif* ». Par exemple, l'animosité d'un employeur envers son salarié peut le conduire à lui infliger une sanction non justifiée et donc non proportionnée.

Mais outre le contrôle du juge, la proportionnalité entre l'exercice des pouvoirs de l'employeur et les droits fondamentaux du salarié peut se trouver entraver par l'insertion de certaines clauses dans le contrat de travail du salarié (B).

B. La contractualisation : facteur d'exclusion de la proportionnalité

160 Le contrat étant la loi des parties, celles-ci peuvent prévoir de restreindre certaines libertés individuelles du salarié ou même de les annihiler.

Selon Philippe LANGOIS, « [...] *Le salarié ne peut avoir gain de cause que s'il apporte la preuve d'un abus de droit ou d'un détournement de pouvoir du chef d'entreprise* ».

Dès lors qu'un droit ou une liberté ont été contractualisés, le chef d'entreprise doit respecter ledit contrat, la proportionnalité étant alors écartée du débat.

161 Même si les clauses de mobilité seront développées plus tard, il est nécessaire de rappeler que celles-ci sont soumises aux exigences de finalité et de proportionnalité (E. DOCKES). De plus, selon le même auteur, lorsqu'un contrat de travail est modifié, et que ladite modification risque d'aboutir à la restriction d'une liberté individuelle, il est nécessaire « *de le faire à la lumière des principes de finalité et de proportionnalité*⁵⁹.

⁵⁹ Modification des horaires qui porte atteinte à la vie privée, E. DOCKES.

162 Les clauses du contrat de travail restreignant un droit ou une liberté sont reconnues licites par la jurisprudence si elles ne sont pas « excessives »⁶⁰.

Aussi, il est nécessaire de prendre en considération la nature des fonctions afin d'étudier la proportionnalité des clauses contractuelles restrictives de liberté.

Les clauses de mobilité ou de résidences sont « *valables lorsqu'elles apparaissent 'indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée (s), compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché* »⁶¹.

Le Professeur MOLFESSIS met en lumière une nouvelle notion : l'*affectio contractus*. Selon lui, « *l'exigence de proportionnalité sert en effet l'esprit communautaire du contrat* », cet « *affectio contractus* », consistant à voir le contrat comme « *un point d'équilibre nécessaire voire (...) comme la base d'une collaboration souhaitable entre contractants* ». Il n'en résulte pas moins que la proportionnalité doit être strictement respectée. Simplement, il faut entendre qu'un contractant ne doit jamais poursuivre son intérêt exclusif, aux dépens de « son partenaire »⁶²

Mais voyons à présent le cas des entreprises de tendance

- **Le cas des entreprises de tendance**

163 Selon un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 20 novembre 1986 : « *l'art L 122-45 du Code du travail (L 1132-1), en qu'il dispose qu'aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de ses convictions religieuses, n'est pas applicable lorsque le salarié, qui a été engagé pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur, méconnaît les obligations résultant de cet engagement* »⁶³. La mise à l'écart de cet article ne concerne que ce type d'entreprises. Même si la jurisprudence limite la portée de ces dispositions : elle exige un trouble caractérisé⁶⁴.

⁶⁰ La proportionnalité en droit du travail, Isabelle CORNESSE

⁶¹ Cass soc 12 janvier 1999, préc., Adde E. DOCKES, la détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, Dr. Soc. 1997, p. 140 et s., sp. p. 145

⁶² N. MOLFESSIS : intervention au colloque : Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? » Organisé le 20 mars 1998 par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V., Les Petites affiches, n° spéc., n° 117, 30 septembre 1998, p. 21 et s., sp. n° 16, p. 26

⁶³ Cass. soc. 20 novembre 1986, Dr. Soc. 1987, p. 359, 2^{ème} esp. Obs. J. SAVATIER ; JCP 87, éd. G., II, 20798, 1^{ère} esp. Note Th. REVET

⁶⁴ Cass. soc 17 avril 1991, Dr. Soc. 1991, p. 485, note J. SAVATIER ; JCP 91, éd. G, II, 21724, note 1. SERIAUX

Même si la loi, la doctrine, la jurisprudence et même le juge veillent au respect de ce principe de proportionnalité, ce dernier peut se trouver entraver par l'employeur lui-même (Sous-section 2).

Sous – section 2 : Les dérives des pouvoirs de l'employeur

164 Le psychologue américain Abraham MASLOW élabore dans les années 50 une liste hiérarchisée des besoins élémentaires nécessaires à l'épanouissement personnel :

En premier lieu la survie (manger, boire et dormir) et en second lieu le **besoin de sécurité matériel en lien avec son travail**.

« Un salarié heureux possède un travail qui lui assure une bonne sécurité matérielle et qui lui permet de s'épanouir. »

165 Or, la relation employeur salarié place psychologiquement le salarié en situation d'infériorité. De ce fait, le législateur et la jurisprudence ont instauré des règles **« protectrices »**.

A ce sujet, une enquête a été d'ailleurs diligentée par l'Agence Européenne pour la sécurité et la santé au travail révélant que le montant du stress d'origine professionnelle s'élève à 20 milliards d'euros par an et est à l'origine de 50 à 60 % de l'ensemble des journées de travail perdues⁶⁵.

166 Quant à l'économiste Thomas PHILIPPON, ce dernier tend à souligner que les mauvaises relations au travail ont un coût économique pouvant se chiffrer en plusieurs points de croissance du PIB.

Enfin, l'enquête réalisée par le forum économique mondial a révélé que sur 102 pays, la France occupait la 99^{ème} place au sujet de la qualité des relations de travail.

Or, comme les dérives des pouvoirs de l'employeur se font ressentir au niveau de la santé physique et mentale des salariés (§1), de nombreux systèmes ont été mis en place afin de lutter contre cette atteinte (§2).

⁶⁵ Enquête faite par l'Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail

§1 : Une atteinte à la santé physique et mentale des salariés

L'atteinte à la santé physique et mentale des salariés peut être volontaire (A), mais aussi involontaire, autrement dit indirecte (B).

A. Une atteinte volontaire à la santé physique et mentale et salariés

1) L'identification du harcèlement moral

167 Le dictionnaire Larousse définit le verbe « harceler » comme l'action de « *soumettre [une personne] à des attaques répétées, à des critiques ou des moqueries incessantes* », il insiste sur le caractère récurrent des actes d'harcèlement.

Certains auteurs définissent le harcèlement moral comme une « *conduite abusive se manifestant notamment par des comportements, des paroles, des actes, des gestes, des écrits, pouvant porter atteinte à la personnalité, à la dignité ou à l'intégrité physique ou psychique d'une personne, et mettre en péril l'emploi de celle-ci ou dégrader le climat de travail* »⁶⁶.

168 Plusieurs types de personnes peuvent être à l'origine d'un harcèlement :

- Il y a la personne « perverse ou obsessionnelle, qui cherche à détruire gratuitement »,
- la personne qui cherche stratégiquement à « écarter un salarié »,
- un management qui instaure un système compétitif et individualiste,
- une équipe qui se décide d'isoler une seule personne⁶⁷.

169 Le psychologue Heinz Leymann a donné la définition du terme « mobbing » se rapprochant de la notion de harcèlement, à savoir « *Le mobbing est un processus de destruction, c'est un harcèlement psychologique systématique d'une personne sur son lieu de travail* ».

Il sépare notamment en cinq catégories les quarante-cinq agissements du mobbing :

- empêcher la victime de s'exprimer,
- isoler la victime,
- déconsidérer la victime auprès de ses collègues,
- discréditer la victime dans son travail,

⁶⁶ Hirigoyen M.F, Le harcèlement moral, la violence perverse au quotidien, La Découverte, 2003, p 55

⁶⁷ Harcèlement et stress au travail, Céline Leborgne-Ingelaere

- compromettre la santé de la victime.

170 Une autre psychologue Marié Piézé dresse, quant à elle, une liste de « *pratiques organisationnelles* » qui sont à l'origine d'un harcèlement moral : à savoir,

- une surveillance acharnée du supérieur hiérarchique sur son salarié,
- un exercice de pouvoir de sanction mettant le salarié « *en situation de justification constante* ».

Nous pouvons remarquer à ce sujet que les auteurs ont tenté de définir cette notion de harcèlement moral via cette « technique de liste ».

En effet, même si elle « *a le mérite d'opérer une tentative de définition objective de la qualification de harcèlement, force est de constater qu'aucune liste ou panorama des comportements constitutifs de harcèlement ne saurait avoir un caractère indiscutable et, à tout le moins, exhaustif [...] une telle méthode aboutit à faire abstraction de ce que de l'aveu même de la majorité des spécialistes, la qualification de harcèlement dépend et varie en fonction du contexte professionnel mais surtout de la personnalité et du ressenti de la victime* »⁶⁸.

171 A cet égard, nous pouvons citer plusieurs exemples d'harcèlement moral en rapport direct avec la vie privée du salarié :

- « les nombreux appels téléphoniques à toute heure du week-end ou de la nuit »,
- « la pression constante aux fins d'obtenir le maximum de travail »,
- « le système de contrôle de voitures »⁶⁹,
- « l'envoi au salarié en arrêt maladie prolongé, de courriers injustifiés évoquant une rupture du contrat de travail et lui reprochant ses absences »⁷⁰,
- « l'obligation pour le salarié de travailler sept jours sur sept, pendant près de deux ans »⁷¹,
- « l'envoi de nombreux mails et jusqu'à trente-trois mails par jour pour inviter le salarié à accélérer son rythme de travail »⁷².

172 Il est nécessaire de préciser que les NTIC peuvent engendrer un accroissement du stress qui va « lui – même générer des actes de harcèlement moral »⁷³.

⁶⁸ B. Platel et T. Viala, Le fabuleux destin du concept de harcèlement moral : JCP E 2002, 762

⁶⁹ Cass. soc., 23 mars 2011, n° 08-45.140

⁷⁰ Cass. soc., 7 juill. 2009, n° 08-40.034 : JurisData n° 2009-049299

⁷¹ Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 09-41.495 : JurisData n° 2010-016611

⁷² Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 09-41.495 : JurisData n° 2010-016611

En outre, les conséquences d'une situation de harcèlement moral se font ressentir à plusieurs niveaux :

- **1^{er} niveau** : nervosité, irritabilité, anxiété, troubles du sommeil, brûlures d'estomac, hypertension artérielle, douleurs musculaires, hypervigilance et ou/ hyperactivité, fatigue, consommation d'alcool et de psychotrope.
- **2nd niveau** : la victime peut souffrir d'un état de névrose traumatique, se caractérisant par des réminiscences de scènes humiliantes, des angoisses, la phobie d'aller au travail, des cauchemars et insomnies, sentiment de culpabilité.
- Enfin, si la situation du salarié ne s'est pas améliorée, les atteintes de la personnalité peuvent pousser à des comportements extrêmes (dépressions graves, suicide, paranoïa).

173 De plus, il est nécessaire de souligner que ladite atteinte peut avoir des répercussions sur la vie privée du salarié.

Il est donc du devoir de l'employeur de « cesser » ou « faire cesser » ledit harcèlement. Nonobstant, il est essentiel de faire la différence entre le harcèlement moral et de simples contraintes.

Le Tribunal correctionnel de Paris a précisé que de « *simples contraintes imposées par les impératifs de gestion* » ne constituent pas des faits d'harcèlement moral⁷⁴.

Un employeur qui utilise son pouvoir disciplinaire avec parcimonie et dans le respect du contrat de travail ne peut être considéré comme auteur d'actes d'harcèlement moral.

En effet, la cour d'appel de Versailles a précisé lorsque l'employeur « *use, dans le cadre d'une exécution loyale du contrat de travail, de son pouvoir disciplinaire afin de répondre à l'insuffisance professionnelle du salarié, le harcèlement moral ne saurait être utilement invoqué* »⁷⁵.

174 De plus, certains auteurs ont souligné « *compte tenu de la diversité des situations en entreprise, des moyens financiers, des cultures et représentations collectives et individuelles du rapport à autrui, il paraît essentiel de faire la distinction entre le résultat d'un management maladroit, déficitaire, autiste, toxique par certains aspects... et le*

⁷³ Légeron P., Le stress au travail, de la performance à la souffrance, Dr. soc. 2004, p. 1086

⁷⁴ Trib. corr. Paris, 25 oct. 2002 : JCP E 2003, II, 1031, note C. Duvert. – Un employeur ne doit toutefois pas trouver refuge derrière cet argument lié aux contraintes de gestion ou d'organisation : Cass. soc., 7 juin 2011, n° 09-69.903 : JurisData n° 2011-010997

⁷⁵ CA Versailles, 6e ch. soc., 13 janv. 2004, n° 03/1940 : RJS 2004, n° 855. – CA Versailles, 11e ch. soc., 12 nov. 2003, n° 02/3078 : RJS 2004, n° 479

*management hostile, volontairement offensif, agressif, lequel s'insinue dans le harcèlement moral »*⁷⁶.

2) L'identification du Harcèlement sexuel

175 Depuis la loi du 17 janvier 2002⁷⁷, le harcèlement sexuel n'est plus le simple fait de l'employeur ou d'un supérieur hiérarchique mais peut aussi provenir d'un collègue.

Le harcèlement sexuel peut donc être « horizontal » ou « vertical ».

De plus, l'auteur du harcèlement n'en est pas forcément le bénéficiaire. Enfin, n'importe quel salarié peut être visé par des faits de harcèlement sexuel.

176 A ce sujet, on a pu constater au fil des années que la législation a élargi ces dispositions. Cela a débuté tout d'abord en mai 2001 (loi n°2001-397 du 9 mai 2001) lorsque la loi s'est élargie aux candidats à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise⁷⁸ qui pouvaient être alors considérés comme victimes potentielles de harcèlement.

Par la suite, la loi du 17 janvier 2002 précise cette fois que l'objectif du harceleur est « *l'obtention de faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers* »

Enfin, la directive européenne du 5 juillet 2006 statue désormais et définit le harcèlement sexuel comme « *la situation dans laquelle **un comportement** non désiré est lié au sexe d'une personne* »⁷⁹. On remarque donc au fil des années une évolution conséquente dans la précision de la terminologie qui est devenue de plus en plus rigoureuse et circonscrit aujourd'hui véritablement cela à toute tentative de séduction.

La jurisprudence confirme cette loi en précisant que le harcèlement sexuel ne peut être caractérisé que dans le seul et unique but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle⁸⁰.

177 Nonobstant, il est à noter que ladite directive ne s'applique pas de la même manière selon qu'il s'agit d'hommes ou de femmes. En effet, il est énoncé que « *le harcèlement sexuel est contraire au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes et constitue une discrimination fondée sur le sexe* », qui est défini comme la « *situation dans*

⁷⁶ Ledoux M. et El Berry J., « Un harcèlement moral génétiquement modifié », Sem. Soc. Lamy, no 1482, 7 mars 2011, p. 16

⁷⁷ loi du 17 janvier 2002 L. n° 2002-73

⁷⁸ la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001

⁷⁹ Journal Officiel de l'union européenne 26 Juillet 2006

⁸⁰ Cass. soc., 1er déc. 2011, n° 10-18.920

laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».

178 En somme, l'article L 1153-1 du Code du travail définit le harcèlement sexuel au travail comme le fait qu'aucun des salariés de l'entreprise n'ait à subir des faits :

« 1° Soit de harcèlement sexuel, constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ;

2° Soit assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers. »

Par exemple, constitue un harcèlement sexuel, l'envoi de messages à caractère sexuel hors du temps et du lieu de travail⁸¹.

Outre les classiques harcèlements : moral et sexuel, une nouvelle sorte d'harcèlement a été reconnue récemment par la jurisprudence, il s'agit du harcèlement moral managérial qui représente cette atteinte indirecte à la santé physique et mentale des salariés (B).

B. L'atteinte indirecte à la santé physique et mentale des salariés

1) L'apparition d'une nouvelle notion : le harcèlement managérial ou harcèlement moral managérial

179 Un harcèlement moral peut être révélé même lorsqu'il n'y a **pas d'intention de nuire** de la part de l'employeur. Ce dernier s'adonne à une technique managériale trop poussée, ses méthodes de gestion sont remises en question car elles ont une influence sur la santé mentale et physique des salariés.

⁸¹ Cass. soc., 19 oct. 2011, n° 09-72.672 : JurisData n° 2011-022322

180 C'est en effet la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 10 novembre 2009 qui a précisé qu'il peut y avoir harcèlement sans intention de son auteur : *« dès lors que sont caractérisés des agissements répétés ayant pour effet une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte aux droits et à la dignité du salarié, d'altérer sa santé ou de compromettre son avenir professionnel »*⁸².

La Cour de cassation a donc renoncé au critère de « l'intention de nuire » pour mettre en évidence un harcèlement. D'où la possibilité de reconnaître le harcèlement managérial.

L'employeur peut harceler son salarié sans même le savoir, ni même le vouloir⁸³.

181 La jurisprudence *« condamne certaines méthodes de gestion mises en œuvre par un supérieur hiérarchique, lorsqu'elles se manifestent, pour un salarié déterminé, par des agissements constitutifs d'un harcèlement moral »*.

Le manager en question peut par exemple imposer des objectifs « draconiens » à son salarié ou exercer une pression continue sur son équipe et plus particulièrement par le salarié en question par une *« absence de dialogue caractérisée par une communication par l'intermédiaire d'un tableau et ayant entraîné un état dépressif »*⁸⁴.

182 De ce fait, l'ANI (Accord National Interprofessionnel) du 26 mars 2010⁸⁵ énonce dans son article 2 que *« l'environnement de travail peut avoir une influence sur l'exposition des personnes au harcèlement et à la violence »* et rajoute que les manifestations du stress lorsqu'elles *« découlent de facteurs tenant à l'organisation du travail, l'environnement de travail ou une mauvaise communication de l'entreprise peuvent conduire à des situations de harcèlement et de violence au travail plus difficiles à identifier »*.

183 A contrario, la charte sociale européenne n'a pas du tout la même vision que celle de la jurisprudence française car elle estime que *« les pratiques harcelantes doivent résulter d'une volonté délibérée de leur auteur »*⁸⁶.

⁸² Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 08-41.497 ; Cass. soc., 12 juin 2012, n° 11-11.181

⁸³ Cass. soc., 6 janvier 2011 no 08-43.279 où le harcèlement a été reconnu à l'encontre d'un employeur ayant « commis des erreurs à répétition dans la gestion du contrat de travail »

⁸⁴ Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 07-45.321 : JurisData n° 2009-050261 ; Bull. civ. 2009, V, n° 247 ; S. Béal et C. Terrenoire : JCP E 2010, 1424. – Cass. soc., 16 déc. 2009, n° 08-43.412 et n° 08-44.575. – Cass. soc., 3 févr. 2010, n° 08-44.107. – Cass. soc., 1er mars 2011, n° 09-69.616

⁸⁵ ANI, 26 mars 2010 : JCP S 2010, act. 191

⁸⁶ Le Lamy santé et sécurité au travail Partie 5, Elément psychologique caractérisant le harcèlement

De ce fait, certains auteurs proposent de ne pas abandonner le critère de l'intention de nuire pour caractériser le harcèlement managérial, comme Patrice ADAM qui précise que « *l'intention harcelante doit en réalité être comprise comme l'accomplissement volontaire d'actes objectivement humiliants, vexatoires, avilissants ou (psychologiquement) déstabilisants (...) l'intention harcelante implique nécessairement une conscience de nuire chez l'auteur des agissements dénoncés, mais ne suppose pas (même si, il faut le dire, ce sera souvent le cas) qu'il soit animé par une intention de nuire à sa (ses) victime(s)* »⁸⁷.

Cependant, la Cour de cassation ne se montre pas favorable à cette thèse doctrinale.

- **La vision de la cour de cassation**

184 La vision de la Cour de cassation permet de protéger d'autant plus des salariés qui peuvent se trouver dans des situations difficiles face à des pratiques managériales contestables. Afin d'éviter ce genre de comportement, l'employeur doit choisir la bonne personne en qualité de manager, à savoir une personne ayant les « **qualités humaines nécessaires** » et qui plus est possède une « **formation en gestion du personnel** ».

185 Les salariés victimes de souffrance au travail sont majoritairement ceux qui n'arrivent pas à faire de distinction entre la vie privée et la vie professionnelle.

Un employeur qui se permet d'intervenir de manière prenante et insistante dans la vie privée du salarié est à l'origine d'une violence morale et psychique.

A contrario, le juge doit faire irruption dans la vie privée des salariés lorsque l'affaire lui est soumise. En effet, il est de son devoir de faire respecter *a posteriori* les « grands principes fondamentaux » dont le respect de la vie privée du salarié.

2) L'identification du stress au travail

186 L'Agence européenne pour la santé et la sécurité au travail a défini le stress comme le sentiment d'un « *déséquilibre entre ce qui est exigé de la personne et les ressources dont elle dispose pour répondre à ces exigences* » et rajoute que « *bien que le stress soit perçu psychologiquement, il peut également porter atteinte à la santé physique* ».

⁸⁷ Adam P., « La « figure » juridique du harcèlement moral managérial » ;SSL, no 1482, 7 mars 2011, p. 86

187 L'ANI (Accord National Interprofessionnel) sur le stress au travail du 2 juillet 2008 apporte une définition identique du stress au travail, à savoir un « *déséquilibre entre la perception qu'une personne a des contraintes que lui impose son environnement et la perception qu'elle a de ses propres ressources pour y faire face. L'individu est capable de gérer la pression à court terme mais il éprouve de grandes difficultés face à une exposition prolongée ou répétée à des pressions intenses* »⁸⁸.

Cet accord précise en outre que le stress n'est pas en soi une maladie, mais qu'une « *exposition prolongée à cet état peut réduire l'efficacité au travail et causer des problèmes de santé* ». Il rajoute aussi une liste d'indicateurs du stress pour que l'employeur puisse en prendre part, à savoir : de nombreuses absences de courtes durées, la « *rotation* » du personnel provenant de « *démissions* » en grande partie, les conflits personnels ou plaintes fréquentes, le taux élevé de fréquence des accidents du travail, le « *passage à l'acte violent* » contre soi-même ou les autres, l'« *augmentation significative des visites spontanées au service médical* ».

L'accord préconise donc de réaliser une analyse des facteurs de stress, afin de pouvoir les identifier. Il s'agit de réaliser un « audit » du mode d'organisation de l'entreprise.

De nombreux facteurs peuvent être à l'origine du stress du salarié, l'accord en question les a identifiés, il s'agit : de l'organisation des processus de travail, l'aménagement du temps de travail, les dépassements excessifs et systématiques d'horaires, le degré d'autonomie, la charge de travail réelle manifestement excessive, les objectifs disproportionnés ou mal définis, la mise sous pression systématique qui n'est pas un mode de management.

De plus, il est nécessaire d'analyser les conditions de l'environnement de travail : à savoir, l'environnement agressif, le bruit, la promiscuité, la chaleur, les substances dangereuses. Enfin, les derniers facteurs qui doivent être évalués sont la communication (entre salariés mais aussi entre le salarié et sa hiérarchie) et des facteurs plus subjectifs tels que des pressions émotionnelles et sociales, la perception d'un manque de soutien ou la **difficulté pour concilier vie personnelle et familiale**.

En effet, certaines formes de management et / ou de fonctionnement de l'entreprise peuvent être à l'origine d'harcèlement et de violence au travail⁸⁹.

⁸⁸ Accord étendu par A. 23 avr. 2009 : Journal Officiel 7 Mai 2009. – V. D. Jourdan, Accord de méthode sur la prévention du stress au travail : JCP S 2010, 1126

⁸⁹ F. Pelletier : JCP S 2010, act. 253

188 Seulement, la jurisprudence précise que le stress n'est pas suffisant pour élaborer le harcèlement moral⁹⁰.

En effet, une situation de travail mal ressentie par le salarié, articulée avec des relations difficiles entre collègues, engendrant du stress ne constitue pas obligatoirement une situation d'harcèlement moral⁹¹.

De même pour un salarié qui se doit de réaliser sa mission sous un contrôle hiérarchique, si cela lui engendre du stress, cela ne constitue pas pour autant un harcèlement moral.

Ce dernier se doit d'être constitué d' « *actes précis et répétés au sens de l'article L 1152-1 du Code du travail* »⁹².

Dans ce cas précis, le juge peut allouer au salariés des dommages et intérêts pour le motif de « *charge de travail importante* »⁹³ et non « *harcèlement moral* ».

Nous assistons donc à un phénomène de reconnaissance du « *stress pathogène* »⁹⁴, par conséquent, de nombreux systèmes ont été élaborés afin d'y lutter (§2).

§2 : La lutte contre l'atteinte à la santé physique et mentale des salariés

Le devoir de l'employeur est de « lutter » contre le harcèlement et le stress au travail : de ce fait il en amont un devoir de prévention à sa charge (A), puis un devoir de coercition (B).

A. Un devoir de prévention à la charge de l'employeur

189 En vertu de l'article L 4121-1 du Code du travail, l'employeur doit prendre « *les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* ».

La santé mentale qui recouvre donc les faits d'harcèlement moral, managérial, sexuel et de stress au travail.

⁹⁰ Cass. soc., 24 janv. 2006, n° 04-40.487. – Cass. soc., 18 sept. 2007, n° 05-45.406

⁹¹ Cass. soc., 9 oct. 2007, n° 06-42.350 : JurisData n° 2007-040837 ; JCP S 2007, 1937, note C. Leborgne-Ingelaere. – CA Chambéry, 18 mars 2008, n° 07/01338

⁹² CA Lyon, 16 janv. 2009, n° 08/00626

⁹³ Cass. soc., 14 sept. 2010, n° 09-67.087 : JurisData n° 2010-019246. – A. Bugada, Objet du litige : ne pas confondre harcèlement moral et stress au travail : Procédures 2010, comm. 378

⁹⁴ A. Bugada, Objet du litige : ne pas confondre harcèlement moral et stress au travail : Procédures 2010, comm. 378

190 Le Conseil économique et social présenté par M. Debout a rendu un avis précisant « *l'impératif d'asseoir juridiquement les mesures de prévention* »⁹⁵.

Une disposition spécifique est prévue pour le harcèlement moral, situé à l'article L 1152-4 du Code du travail, imposant à l'employeur de prendre « *toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral* ».

Ladite disposition a été confirmée par la Cour de cassation⁹⁶.

191 De plus, au sujet du stress au travail, c'est l'ANI (Accord national interprofessionnel) qui rappelle que l'obligation de l'employeur qui figure aux articles L 4121-1 à -5 du Code du travail doit s'étendre aux problèmes de stress au travail.

En effet, dès que l'employeur est informé de la survenance de ce problème, il se doit de l'« éliminer », à défaut le « réduire », et auparavant « le prévenir ».

L'accord rajoute qu'il appartient à l'employeur d'élaborer les mesures à prendre, en accord avec les institutions représentatives du personnel, à défaut les salariés.

192 Le CHSCT et la médecine du travail doivent intervenir impérativement dans ce processus.

Ledit accord précise que leur mission consiste en « *l'amélioration de l'organisation, les processus, les conditions et l'environnement de travail, la formation de l'ensemble des acteurs et plus particulièrement de l'encadrement, afin de développer la prise de conscience et la compréhension du stress et l'information et la consultation des salariés ou de leurs représentants* ».

Il serait judicieux d'intégrer lesdites mesures dans la politique de prévention établie par l'employeur.

193 A ce sujet, ces dernières années ont permis de mettre en évidence le phénomène du « *véritable droit de la santé en milieu de travail, voire à un droit de bien-être au travail* »⁹⁷.

⁹⁵ Avis du Conseil économique et social présenté par M. Debout, Le harcèlement au travail loc. cit

⁹⁶ Cass. soc., 1er juill. 2009, n° 07-44.482 : JurisData n° 2009-048966 ; JCP S 2009, 1418, note C. Leborgne-Ingelaere

⁹⁷ P.-Y. Verkindt, La santé au travail. Quelques repères pour un droit en mouvement : Dr. ouvrier 2003, p. 87. – Sur la question, V. égal., N. Maggi-Germain, Travail et santé : le point de vue d'une juriste : Dr. soc. 2002, p. 485

De ce fait, l'employeur doit instaurer au sein de son entreprise des mesures qui visent à prévenir les « risques professionnels » et la « pénibilité au travail ».

L'employeur a donc une obligation d'information mais aussi de formation des salariés et des institutions représentatives du personnel.

En outre, il est nécessaire d'élaborer une politique d'entreprise avec les moyens nécessaires pour faire face à ce problème.

La protection de la santé des salariés « *n'impose pas uniquement de prémunir le travailleur contre la réalisation des risques professionnels. Il s'agit plus rigoureusement de veiller globalement au maintien d'un bon état physiologique de l'individu, tant sur le plan physique que mental, ce qui inclut largement le bien-être* »⁹⁸.

L'employeur doit désormais se préoccuper de la santé mentale de ses salariés.

Il ne s'agit plus de « la seule préoccupation des psychiatres »⁹⁹.

C'est l'article L 4121-2 7° du Code du travail qui énonce les mesures nécessaires pour prévenir les risques professionnels, à savoir : « *planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment les risques liés au harcèlement moral, tel qu'il est défini à l'article L. 1152-1* ».

Cependant le législateur ne donne pas d'autres informations pour que l'employeur puisse remplir son obligation de prévention. Il ne détaille pas lesdites mesures.

Un auteur a précisé qu'il ne s'est « *guère montré loquace sur les mesures à la charge de l'employeur dans cette optique* » et rajoute que lesdites mesures peuvent provoquer certaines contestations quant à la conciliation vie personnelle des salariés et libertés dans l'entreprise¹⁰⁰.

194 En effet, aucune obligation n'est mise à la charge de l'employeur au sujet de l'élaboration des mesures de prévention en entreprise. A cet égard, l'accord du 26 mars 2010 propose seulement une « feuille de route » qui détaille les « *différentes phases de prévention pour aider les entreprises à lutter contre le harcèlement et la violence au travail* » mais en aucun cas instaure d'obligation à ce sujet¹⁰¹.

⁹⁸ F. Héas, Le bien être au travail : JCP 2010, 1284

⁹⁹ S. Palazzi, La loi de modernisation sociale : la prise en compte de la "santé mentale" dans l'entreprise : Journal français de psychiatrie, 2003/2 n° 19, p. 44-45

¹⁰⁰ G. Picca, Le harcèlement moral au travail : LPA 21 janv. 2002, p. 54

¹⁰¹ JCP S 2010, act. 253, aperçu rapide F. Pelletier

Document unique d'évaluation :

195 L'employeur se doit de réaliser le document unique d'évaluation des risques¹⁰², en vertu des articles R 4121-1 et R 4741-1 du Code du travail.

Ce document lui permet d'établir à l'avance une liste de tous les facteurs comportant un danger pour la santé physique et mentale des salariés, à savoir les risques de stress, d'harcèlement (moral, managérial, sexuel), de stress, en somme les risques psycho-sociaux. Ce document doit être établi tous les ans, il est donc nécessaire de réaliser une mise à jour annuelle afin de pouvoir prendre en compte les évolutions annuelles et d'améliorer ledit document.

En outre, l'employeur doit établir d'une part les mesures qui ont été prises toute l'année et d'autre part préciser les nouvelles mesures en matière de protection des salariés et d'amélioration des conditions de travail.

Il est important que ce document soit présenté au moins une fois par an au CHSCT (article L 4612-16 du Code du travail).

Information et formation des salariés :

196 Le Code du travail met à la charge de l'employeur une obligation d'information sur les risques encourus dans l'entreprise pour leur santé et leur sécurité, ainsi que les moyens d'y remédier (article L 4141-1).

De plus, il doit organiser une « formation pratique et appropriée à la sécurité et au bénéfice de ses salariés » (article L 4141-2 du Code du travail).

197 En outre, l'Accord national interprofessionnel insiste sur le fait qu' « *une meilleure sensibilisation et une formation adéquate des responsables hiérarchiques et des salariés réduisent la probabilité des cas de survenance de harcèlement et de violence au travail. Aujourd'hui, la formation au management proposée dans les différentes écoles ou universités ne prend pas suffisamment en compte la formation à la conduite des équipes.*

¹⁰² D. n° 2001-1016, 5 nov. 2001 portant création d'un document relatif à l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs : Journal Officiel 7 Novembre 2001. – Circ. DRT. n° 6, 18 avr. 2002 prise pour l'application du décret susvisé

*Aussi, ces programmes de formation doivent davantage intégrer la dimension relative à la conduite des hommes et des équipes, et aux comportements managériaux »*¹⁰³.

Il est donc conseillé à l'employeur de former son équipe d'encadrement à une « *meilleure gestion des conflits et des équipes* »¹⁰⁴.

198 Le chef d'entreprise doit ainsi faire figurer l'interdiction d'actes d'harcèlement moral et sexuel au sein du règlement intérieur et les afficher sur le lieu de travail¹⁰⁵.

L'ANI du 26 mars 2010 rajoute que « *les entreprises doivent clairement affirmer que le harcèlement et la violence au travail ne sont pas admis* ».

Cet accord propose l'utilisation d'une « charte de référence » dans son article 3 qui indiquera la procédure à suivre lors de la survenance d'un harcèlement.

La question de la négociation d'un plan d'urgence sur la prévention des risques psychosociaux en entreprise ne fait l'objet d'aucune obligation pour l'employeur, même si le Ministère du travail le préconise pour les entreprises de 1000 salariés et plus¹⁰⁶.

Seulement, ladite négociation devrait être préconisée pour les entreprises de taille inférieure. Concernant le problème du stress en entreprise, il serait nécessaire d'organiser des négociations avec des acteurs intérieurs à l'entreprise (représentants du personnel, employeur) et extérieurs (spécialisés dans le domaine) afin de former les personnes adéquates, d'élaborer une politique de lutte contre le stress.

199 Le rapport « *Bien être et efficacité au travail, dix propositions pour améliorer la santé psychologique au travail* » précise qu'il est essentiel de faire intervenir les partenaires sociaux (syndicats salariés et organisation patronale) afin de prévenir et d'améliorer la santé des salariés et rappelle que « *le dialogue social, dans l'entreprise et en dehors, est une priorité* »¹⁰⁷.

De même pour la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale qui a rédigé un rapport sur les risques psychosociaux¹⁰⁸.

¹⁰³ ANI sur la violence et le harcèlement au travail, 26 mars 2010 étendu par A. 23 juill. 2010 préc.

¹⁰⁴ Harcèlement et stress au travail, Céline LEBORGNE-INGELAERE

¹⁰⁵ C. trav., art. L. 1321-2

¹⁰⁶ I. Ayache-Revah et M. Ayadi, Gérer le stress sans stress : Semaine sociale Lamy, 25 janv. 2010. – JCP S 2010, act. 253, aperçu rapide F. Pelletier

¹⁰⁷ H. Lachman, C. Larose, M. Pénicaud

¹⁰⁸ Rapp. AN, n° 3457

A cet égard, nous pouvons citer l'exemple de l'entreprise Groupama qui a signé le 28 février 2011, un accord entre la direction et les organisations syndicales sur la qualité de vie au travail.

Cet accord a élaboré nombre de mesures dont celles relatives à la qualité de vie au travail, l'information et la formation de l'ensemble des acteurs de l'entreprise, la promotion de bonnes pratiques, la création d'une commission paritaire de « **qualité de vie au travail** » au niveau du groupe, afin d'évaluer la problématique de la « qualité de vie au travail ».

L'accord rajoute la procédure à suivre pour avertir d'un cas de harcèlement, propose des mesures pour y remédier, comme l'élaboration d'un « centre d'écoute psychologique »¹⁰⁹.

Une fois que le harcèlement a eu lieu, l'employeur doit tout mettre en œuvre pour qu'il cesse immédiatement (B).

B. Un devoir de coercition à la charge de l'employeur

Faire cesser les actes d'harcèlement sexuel : un devoir de l'employeur

200 En vertu de son pouvoir disciplinaire, l'employeur doit sanctionner un salarié / auteur d'actes d'harcèlement, en modifiant ou en rompant son contrat de travail.

Il ne s'agit en aucun cas d'un devoir du juge¹¹⁰, de prescrire à l'employeur de sanctionner son salarié.

En effet, l'article L 1153-6 du Code du travail précise que « *tout salarié ayant procédé à des agissements de harcèlement sexuel est passible d'une sanction disciplinaire* ».

La doctrine s'est alors demandée si ce texte prescrivait l'obligation pour l'employeur de sanctionner¹¹¹ ou simplement de « *prendre les mesures effectives assurant la sécurité du salarié* ».

Aussi, le fait d'imposer cette obligation de sanction à l'employeur pourrait se justifier par l'atteinte des droits et libertés du salarié.

¹⁰⁹ Harcèlement et stress au travail, Céline LEBORGNE-INGELAERE

¹¹⁰ Cass. soc., 1er juill. 2009, n° 07-44.482 : JurisData n° 2009-048966 ; JCP S, 1418, obs.

C. Leborgne-Ingelaere

¹¹¹ A. Jeammaud, Le pouvoir patronal visé par le droit du travail, Semaine sociale Lamy 2008, suppl. n° 1340, p. 24. – F. Bocquillon, Harcèlement moral au travail : une loi en trompe l'oeil : Dr. ouvrier 2002, p. 282

En effet, la majorité des sanctions relatives aux actes d'harcèlement sont des mises à pied ou des licenciements¹¹².

201 A ce sujet, le Code du travail précise que l'auteur de tels actes se rend coupable d'actes d'une faute disciplinaire justifiant une sanction disciplinaire.

En effet, un salarié de l'entreprise qui va « abuser » de sa position hiérarchique pour réaliser des actes d'harcèlement sexuels rend « *impossible son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis et constitue nécessairement une faute grave* »¹¹³.

202 Toutefois, le classement sans suite d'une plainte pour harcèlement sexuel ne rend pas forcément infondé la sanction disciplinaire en question¹¹⁴.

L'employeur peut se retrouver condamné à payer des dommages et intérêts à la salariée victime d'actes d'harcèlements sexuels en vertu du principe de la responsabilité du commettant du fait de son préposé (article 1384 alinéa 5 du Code civil).

Cependant, lorsque le salarié a été relaxé au pénal, le juge civil ne peut imposer cette condamnation à l'employeur, sinon il violerait le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal¹¹⁵.

203 Un salarié peut se retrouver sanctionné par son employeur en cas d'actes d'harcèlement sexuel en dehors de l'entreprise.

Le Professeur MOULY parle d'une « *intrusion disciplinaire de l'employeur dans la vie privée du salarié* »¹¹⁶.

La jurisprudence exige à ce sujet que les propos et faits qualifiant un ou des actes d'harcèlement sexuel « *ne relèvent pas de sa vie personnelle* »¹¹⁷.

La Cour de cassation confirmera cette position dans un arrêt du 11 janvier 2012 et précisera que « *le fait pour un salarié d'abuser de son pouvoir hiérarchique dans le but d'obtenir des*

¹¹² Cass. soc., 3 févr. 2010, n° 08-40.144 : JurisData n° 2010-051428. – Cass. soc., 3 févr. 2010, n° 08-44.019 : JurisData n° 2010-051429 ; Bull. civ. 2010, V, n° 30 ; JCP S 2010, 1125, 4e et 5e esp., étude C. Leborgne-Ingelaere. – Cass., Rapp. annuel 2010, p. 327 et s.

¹¹³ Cass. soc., 19 avr. 2000 : RJS 2000, n° 628. – Cass. soc., 5 mars 2002, n° 00-40.717 : JurisData n° 2002-013364 ; JCP G 2002, IV, 1687 ; RJS 2002, n° 528. – Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 06-46.517 : JurisData n° 2008-045106

¹¹⁴ CA Dijon, 26 nov. 1998 : BICC 1999, n° 625

¹¹⁵ Cass. soc., 3 nov. 2005, n° 03-46.839 : JurisData n° 2005-030540

¹¹⁶ J. Mouly note sous Cass. soc., 13 janv. 2009, n° 07-43.282 : D. 2009, p. 1316. – V. aussi JCP G 2009, II, 10066, note B. Bossu

¹¹⁷ Cass. soc., 19 oct. 2011, n° 09-72.672 : JurisData n° 2011-022322

faveurs sexuelles constitue un harcèlement sexuel même si les agissements ont lieu en dehors du temps et du lieu de travail »¹¹⁸.

D'autant plus que des faits de harcèlement sexuel sont susceptibles de produire en entreprise un trouble objectif caractérisé. Ce qui soutient la jurisprudence constante précisant « *qu'il ne peut être procédé à un licenciement pour une cause tirée de la vie privée du salarié que si le comportement de celui-ci crée un trouble objectif caractérisé au sein de l'entreprise* »¹¹⁹.

Or, un trouble objectif dans l'entreprise qui repose sur la vie privée du salarié peut fonder un licenciement non disciplinaire mais aussi disciplinaire¹²⁰.

A fortiori, des faits d'harcèlement sexuels qui ont lieu en entreprise et qui se prolongent en dehors de celle-ci fondent un licenciement disciplinaire¹²¹.

En l'occurrence, dès que l'employeur a été informé par le ou la salarié (e) (ou un témoin) qu'elle subissait des actes d'harcèlement sexuel, celui-ci a eu **l'obligation d'intervenir immédiatement** en ouvrant une enquête et en engageant une procédure de licenciement disciplinaire à l'encontre de l'auteur des faits (dans les deux mois de la date à laquelle il a eu connaissance des griefs de la salariée)¹²².

Toutefois, le verdict du juge prud'homal n'est pas l'élément déclencheur de l'employeur pour agir¹²³.

Si ce dernier est averti des faits d'harcèlement dans son entreprise par la convocation à l'audience du Conseil des prud'hommes, il doit immédiatement prendre les mesures nécessaires, en commençant par la « vérification des faits reprochés »¹²⁴.

En cas contraire, il pourrait se voir reprocher la notion d' « abstention fautive ».

En effet, l'employeur se rend coupable d'une abstention fautive lorsqu'il attend six ans pour prendre les mesures nécessaires pour protéger sa salariée des actes d'harcèlement moral dont elle se plaint¹²⁵.

¹¹⁸ Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-12.930 : JurisData n° 2012-000195

¹¹⁹ Cass. soc., 30 nov. 2005, n° 04-13.877 : JCP S 2006, 1074, note B. Gauriau ; RJS 2006, n° 176

¹²⁰ Cass. soc., 9 mars 2011, n° 09-42.150 : JurisData n° 2011-003089 ; JCP S 2011, 1230, note J. Mouly

¹²¹ CA Poitiers, 30 mai 2000 : RJS 2011, n° 282

¹²² Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-70.902 : JurisData n° 2011-012758 ; JCP S 2011, 1463, note C. Leborgne-Ingelaere

¹²³ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-70.902

¹²⁴ Cass. soc., 17 févr. 1993, n° 88-45.539 : JurisData n° 1993-000311 ; Bull. civ. 1993, V, n° 55

¹²⁵ CA Lyon, ch. soc B, 15 janv. 2010, n° 08/04496 : JurisData n° 2010-009191

Nous avons vu précédemment que le respect du droit fondamental de la vie privée du salarié pouvait être mis à mal face à certaines dérives du pouvoir de l'employeur, aussi, il serait logique de se demander si le fait d'inclure les salariés dans les organes de décision de l'entreprise (Section 2) pourrait permettre de diminuer ce phénomène.

Section 2 : La présence renforcée des salariés dans les organes de décision de l'entreprise

La présence des salariés dans les organes de décision de l'entreprise se retrouve tout d'abord au sein des organes de gestion et de direction de l'entreprise (Sous-section 1), mais aussi à travers le rôle indispensable des institutions représentatives du personnel (Sous-section 2).

Sous-section 1 : La présence renforcée des salariés au sein des organes de gestion et de direction

204 « *Le dirigeant est celui qui, de droit ou de fait, exerce, en toute souveraineté et indépendance, une activité positive de gestion et de direction* »¹²⁶.

Le pouvoir de direction et de gestion de l'entreprise appartient en principe à l'employeur et à ses organes de direction.

Cependant, « *la question de la **participation des salariés à la gestion de l'entreprise** est une **préoccupation majeure** des acteurs de l'économie relayée par les pouvoirs publics afin de rééquilibrer les pouvoirs dans l'entreprise au profit de la collectivité des salariés* »¹²⁷.

205 C'est à partir du milieu du 20^{ème} siècle, que l'idée de faire participer le salarié aux décisions de l'entreprise a émergé et s'est mise en place. La notion de « salarié – citoyen » a ainsi fait son apparition.

Des textes législatifs mais aussi constitutionnels prônent alors ce principe.

En effet, outre le Code du commerce et le Code du travail, l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 instaure le principe de participation à la gestion du salarié : « *Tout*

¹²⁶ P. Didier, Une définition de l'entreprise, Le droit privé à la fin du XX^{ème} siècle, Études offertes à Pierre Catala, Paris, Litec, 2001, p. 853-854 ; v. également J.-L. Rives-Lange, La notion de dirigeant de fait, D., 1975, p. 40.

¹²⁷ J.-M. Moulin, La participation des salariés à la gestion de la société, Bull. Joly, 1er mai 2002, p. 571

travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

De même que l'article 137 du Traité CE et l'article 27 de la Charte européenne des droits fondamentaux.

206 En vertu du pouvoir de participation, le salarié a ainsi l'opportunité de prendre part aux décisions de gestion prise par l'employeur¹²⁸.

Virginie FRAISSINIER-AMIOT évoque le terme « **cellule économique** » mais aussi « **cellule humaine, sociale, en ce qu'elle compte des éléments humains** » pour parler de l'entreprise.

207 **A cet égard, nous allons voir en quoi la « cellule humaine » prend le pas petit à petit sur la « cellule économique », mais aussi en quoi ces deux notions sont liées, et que la protection de la « cellule humaine » engendre l'émancipation et l'extension de la « cellule économique ».**

208 **Les exigences du législateur relatives à la participation des salariés aux organes de participation et de gestion:**

Le législateur doit répondre à plus d'exigences au sujet de la participation des salariés aux organes représentants le personnel ainsi qu'aux organes dirigeants.

En effet, le législateur intervient depuis les années 80 afin d'augmenter la présence des salariés à la gestion de l'entreprise.

- art L 2323-62 du Code du travail : il prévoit la présence, avec voix consultative, d'une délégation du comité d'entreprise aux séances du conseil d'administration ou de surveillance des sociétés. (pindirect)

- l'ordonnance n° 86-1135 du 21 octobre 1986 : représentation facultative des salariés au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance dans les sociétés commerciales.

¹²⁸ «Participer à la gestion n'est pas gérer : on ne participe à la gestion que si elle est confiée à quelqu'un d'autre que soi» (J. Rivero et G. Vedel, Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule, Dr. soc., 1947, vol. 31, p. 13 à 35).

- La loi n° 94-640 du 25 juillet 1994, relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise, modifiée par la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006, a institué une représentation spécifique des salariés actionnaires au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

- La loi du 25 juillet 1994 a en outre instauré un mécanisme obligatoire de représentation des salariés, d'une part, et des salariés actionnaires, d'autre part, dans les sociétés privatisées.

- Enfin, la loi de sécurisation de l'emploi n° 2013-504 du 14 juin 2013 a modifié le Code du commerce afin d'instaurer l'obligation pour certaines entreprises d'intégrer des représentants des salariés dans leurs organes de direction.

Les salariés possèdent ainsi un pouvoir de principe de participation à la gestion de l'entreprise qui a mis du temps pour se mettre en place (§1), à travers certains renforcements (§2).

§ 1 : L'élaboration du principe de participation à la gestion de l'entreprise

Afin de permettre aux salariés de pouvoir participer à la gestion de l'entreprise, il a fallu que le Conseil constitutionnel donne son consentement (A). Une fois le dit consentement obtenu, les salariés doivent être tenus informés de l'existence de ce pouvoir à leur égard (B).

A. Un préalable nécessaire: la validation des dispositions par le Conseil constitutionnel

209 Il a été difficile pour le Conseil constitutionnel de reconnaître et de mettre au point ce principe de participation à la gestion.

Il affirme dans une décision de 1993 qui sera confirmée en 2006 et en 2007 que le principe « *implique seulement que l'employeur informe et consulte le comité d'entreprise ou, défaut, les délégués du personnel* »¹²⁹.

Il rajoute en 2002 que « *le dispositif prévoyant la présence des salariés actionnaires au sein des organes de direction de la société, loin de méconnaître les dispositions du huitième alinéa du Préambule de 1946, [...] a pour objet de les mettre en œuvre* »¹³⁰.

¹²⁹ Décisions no 2006-545 DC du 28 décembre 2006 et no 2007-555 DC du 16 août 2007

Le Conseil constitutionnel est alors saisi en 2008 par des salariés qui s'estimaient victimes d'une exclusion relative aux élections professionnelles.

Ces derniers estimaient que « *les restrictions apportées par le législateur à l'exercice du droit de vote et d'éligibilité des salariés mis à disposition [méconnaissait] le principe de participation à la gestion de l'entreprise* ».

Les juges vont alors répondre que « *le droit de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à "la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises" a pour bénéficiaires, sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, même s'ils n'en sont pas les salariés* »¹³¹.

Le Conseil constitutionnel n'a apporté que très peu de nouvelles précisions depuis cette décision étant donné qu'il accorde au législateur une plus grande latitude quant à la mise en œuvre de ce principe de participation à la gestion.

210 Deux décisions importantes se doivent ainsi d'être citées, tout d'abord celle de 2011 où il précise au sujet du droit de vote et d'éligibilité de l'élection des représentants du personnel au conseil d'administration de l'Agence France Presse que « *que les élections prévues pour la désignation de représentants du personnel au conseil d'administration de l'Agence France-Presse ont pour objet de mettre en œuvre le principe de participation à la détermination des conditions de travail et à la gestion des entreprises posé par le huitième alinéa du Préambule de 1946* »¹³². Une autre décision de la même année précise que le fait d'instaurer des « seuils effectifs » n'est pas en soi inconstitutionnel¹³³.

211 D'autre part, cette autorité précise que l'article L 1111-3 du Code du travail en ce qu'il exclut du calcul des effectifs de l'entreprise certaines catégories de « travailleurs », à savoir les apprentis, titulaires d'un contrat initiative-emploi, titulaire d'un contrat d'accompagnement et titulaire d'un contrat de professionnalisation n'est pas inconstitutionnel. L'atteinte au principe de participation à la gestion n'est pas établie dans ce cas.

¹³⁰ Cons. const. DC, no 2001-455, 12 janv. 2002, JO 18 janv

¹³¹ Cons. const. DC, n° 2008-568, 7 août 2008, JO 21 août ; il reprend, ce faisant, la définition donnée dans la décision n° 2006-545 DC

¹³² Cons. const. QPC, no 2011-128, 6 mai 2011, JO 7 mai).

¹³³ Décision n° 2011-122 QPC du 29 avril 2011

D'autres salariés font l'objet d'exclusion, ce sont les salariés mis à disposition (une entreprise prête un employé à une autre entreprise pour qu'elle effectue ses modalités techniques).

Ils sont exclus du corps électoral des conseils d'administration.

Le Conseil constitutionnel valide cette mise en l'écart en précisant que l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution n'a pas la même rigueur concernant la participation selon qu'elle concerne les organes dirigeants de l'entreprise que les institutions représentatives du personnel.

*« Les **salariés mis à disposition**, dès lors qu'ils font partie de la communauté de travail, sont concernés au premier chef par les attributions des institutions représentatives du personnel (transmission des réclamations du personnel, organisation des activités sociales et culturelles...); c'est pourquoi le législateur est tenu de prévoir leur participation à l'élection de ces institutions. En revanche, ces salariés ne sont pas concernés au même titre par les compétences purement économiques du conseil d'administration, alors qu'ils font partie de la communauté de travail. Par conséquent, le législateur pouvait les exclure du corps électoral pour l'élection des représentants des salariés aux organes de direction de la société »*

212 Aussi, nous constatons que l'intérêt est surtout porté sur les institutions représentatives du personnel et non les compétences économiques du conseil d'administration. Cette disposition prône à cet égard la prise en compte plus poussée du salarié et de sa personne même en favorisant sa participation aux décisions concernant l'aspect social de la société plutôt que l'intérêt économique de l'entreprise.

213 Puis il est saisi en 2013 au sujet de deux dispositions du Code du commerce qui permettent aux sociétés anonymes de prévoir dans leurs statuts la présence de représentants élus des salariés au sein de leur conseil d'administration.

Les représentants considèrent à ce sujet que la fixation par le Code du commerce des modalités de ces élections était inconstitutionnelle.

A cela le Conseil constitutionnel a répondu : *« qu'il ressort notamment de ces dispositions qu'il incombe au législateur de déterminer, dans le respect de ce principe et de la liberté syndicale, garantie par le sixième alinéa, les conditions et garanties de sa mise en œuvre et, en particulier, les modalités selon lesquelles la représentation des travailleurs est assurée dans l'entreprise ; qu'à cette fin, le droit de participer "par l'intermédiaire de leurs délégués" à "la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises" »*

a pour bénéficiaires, sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, même s'ils n'en sont pas les salariés »¹³⁴.

214 Or, il est à noter que le Conseil constitutionnel utilise pour la première fois la formule « représentation des travailleurs » que l'on peut relier à l'alinéa 8 du Préambule de la constitution de 1946.

En l'espèce, il s'agissait de la représentation des salariés au sein du conseil d'administration, au sujet de laquelle il précise que « *le huitième alinéa du Préambule de 1946 n'impose pas la présence de représentants des salariés au sein des organes de direction de l'entreprise* ».

Cette autorité fonde constitutionnellement la présence des salariés au sein des organes de direction de l'entreprise mais ne l'impose pas.

Nonobstant, le consentement du Conseil constitutionnel n'est pas suffisant en lui-même pour pouvoir mettre en œuvre ce pouvoir à l'égard des salariés, en effet, ces derniers se doivent d'y être informés (B).

B. Un préalable indispensable : l'information des salariés

215 La mise en place d'un système de surveillance et de contrôle de l'activité des salariés nécessite au préalable pour l'employeur d'en informer personnellement et directement les salariés, qu'il s'agisse d'un dispositif de gestion informatisée de l'activité ou non.

Le comité d'entreprise doit être informé lorsque l'employeur met en œuvre ce système, cependant cela ne l'exonère pas de son obligation d'information envers les salariés.

En effet, en vertu de l'article L 1222-4 du Code du travail : « *Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance* ». La loi ne précise pas en l'occurrence sous quelle forme cette obligation d'information doit être effectuée, cela dit, il est important pour l'employeur de conserver une preuve de la réalisation de cette obligation en cas de litige éventuel.

L'employeur se doit notamment de fournir aussi nombre d'informations au comité d'entreprise.

¹³⁴ Cons. const. QPC, no 2013-333, 26 juill. 2013, JO 28 juill

Il se doit de relater l'activité économique, financière et **sociale** de l'entreprise via un rapport écrit au Comité d'entreprise.

Ce rapport doit aussi contenir des idées d'évolution concernant la vie économique et sociale de l'entreprise¹³⁵.

Un rapport sur « *l'évolution générale des commandes, la situation financière, l'exécution des programmes de production et le paiement de cotisations de sécurité sociale* » se doit d'être fournie au Comité d'entreprise, une fois par trimestre¹³⁶.

216 Au niveau à présent de la vie sociale en entreprise, le Comité d'entreprise reçoit aussi un rapport concernant l'hygiène, la sécurité et les conditions de travail¹³⁷.

Avant dépôt auprès du Comité d'entreprise, ces rapports sont soumis au préalable au chef d'établissement et au CHSCT.

Un inventaire de toutes les mesures réalisées dans l'année est alors effectué dans ces bilans (conditions de travail, hygiène et sécurité en entreprise...), ainsi qu'un ensemble de suppositions à élaborer à ce sujet.

Le Comité d'entreprise est aussi informé de la négociation relative à « *la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences* »¹³⁸.

Dans les entreprises par actions, les informations communiquées aux actionnaires sont les mêmes que celles communiquées au Comité d'entreprise¹³⁹.

Aucune préférence n'est mise en place entre ces deux structures.

217 Le rapport de gestion communiqué au Comité d'entreprise contient un nombre important de renseignements et se doit d'être le plus complet possible et de contenir :

« *la situation de la société durant l'exercice écoulé, son évolution prévisible, les événements importants survenus entre la date de la clôture de l'exercice et la date à laquelle il est établi, ses activités en matière de recherche et de développement* »¹⁴⁰. Nous remarquons à cet effet que l'ensemble des dispositions prévues pour informer le comité d'entreprise montre à quel

¹³⁵ C. trav., art. L. 2323-7 (anc. art. L. 432-4, al. 2 et 3).

¹³⁶ C. trav., art. L. 2323-51 et L. 2323-52 (anc. art. L. 432-4-1)

¹³⁷ C. trav., art. L.4612-16 (anc. art. L. 236-4)

¹³⁸ Loi no 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, JO du 31 décembre 2006, p. 20210

¹³⁹ C. trav., art. 2323-8

¹⁴⁰ C. com., art. L. 225-102-1

point les salariés sont considérés de plus en plus en les faisant participer à la gestion de leur entreprise.

Virginie FRAISSIER-AMIOT soutient effectivement cette constatation dans son article et précise :

« Les informations données au comité d'entreprise sont aujourd'hui étendues. Ceci semble aller dans le sens d'une plus grande prise en compte des salariés et leur permet d'être mieux à même de participer à la gestion de leur entreprise »¹⁴¹. Cependant cette extension de l'obligation d'information est telle que le comité d'entreprise peut se trouver déborder par tant d'informations à gérer.

Comme dirait JP. DOM « trop d'informations tue l'information »¹⁴².

218 Tout comme pour les salariés, l'employeur se doit d'informer au préalable le comité d'entreprise lorsqu'il met en place un système de contrôle et de surveillance de l'activité des salariés : article L 2323-32 alinéa 3 du Code du travail, de même avant l'introduction ou la modification d'un système de gestion informatisée de l'activité des salariés : article L 2323-32 alinéa 2 du Code du travail.

Le salarié, quant à lui peut requérir des informations auprès de l'employeur.

En l'occurrence, à ce jour, si le Comité d'entreprise estime que les informations fournies par l'employeur ne sont pas complètes, il peut mettre en œuvre une investigation auprès des salariés¹⁴³ ou requérir les compétences d'un expert, qui sera rémunéré par l'employeur¹⁴⁴.

A contrario, si le Comité d'entreprise a des doutes sur la bonne gestion de l'entreprise et qu'il estime que celle-ci se doit d'être améliorée, il peut toujours demander des explications à l'employeur sur « *des faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise* »¹⁴⁵.

Enfin, le Comité d'entreprise peut demander une « expertise de gestion », qui n'est généralement pas appréciée de la part de l'employeur.

Nous pouvons en l'occurrence ajouter que cette obligation d'information n'a cessé de croître d'années en années, afin d'intégrer de plus en plus le salarié dans la gestion de l'entreprise.

¹⁴¹ Petites affiches, 16 mai 2008 n°99 p. 6 La participation des salariés à la gestion de l'entreprise : mythe ou réalité ?

¹⁴² J.-P. Dom, Sécurité financière et initiative économique : aspects de droit des sociétés, Defrénois, 30 novembre 2003, p. 1443

¹⁴³ C. trav., art. L. 2325-11 (anc. art. L. 434-1, al. 1) et L. 2323-5 (anc. art. L. 431-5, al. 3)

¹⁴⁴ C. trav., art. L. 2325-38 (anc. art. L. 434-6)

¹⁴⁵ C. trav., art. L. 2323-78 (anc. art. L. 432-5)

En outre, une fois que le système est mis en place, celui – ci se trouve renforcé (§2) de différentes façons.

§ 2 : Le renforcement du principe de participation des salariés à la gestion de l'entreprise

Ce renforcement du principe de participation des salariés à la gestion de l'entreprise se fait sentir tout d'abord à l'égard du système de sanctions mis en place à l'encontre de l'employeur (A), mais aussi par la participation directe du salarié au sein du conseil d'administration (B).

A. L'élaboration d'un système de sanctions à l'encontre de l'employeur en cas de non respect du droit de participation des salariés à la gestion de l'entreprise

219 Nous avons vu précédemment nombre d'obligations incombant à l'employeur : Obligation d'information, de communication, de consultation du comité d'entreprise, de répondre aux questions posées, et de réaliser la négociation annuelle obligatoire avec les représentants syndicaux.

A cet égard, lorsque l'employeur ne remplit pas ses obligations, il risque certaines sanctions, que l'on peut qualifier dans certains cas de « douce » ou non.

1) Les sanctions « douces »

220 Le chef d'entreprise peut se voir opposer le **délit d'entrave** lorsqu'il ne se soumet pas à son obligation de communication des informations au comité d'entreprise ou de non-consultation du comité d'entreprise¹⁴⁶.

Par exemple, la Cour de cassation précise qu'il y a délit d'entrave lorsque l'employeur ne consulte pas cette institution sur un « projet de modification des horaires de travail »¹⁴⁷.

Le délit d'entrave est constitué lorsque l'employeur ne réalise pas la négociation annuelle obligatoire (volontairement ou non), prévue aux articles L 2241 et suivants du Code du travail, il s'agit du **délit d'entrave à l'exercice du droit syndical**.

¹⁴⁶ C. trav., art. L. 2328-1 et L. 2328-2 (anc. art. L. 483-1)

¹⁴⁷ Cass. crim., 11 janvier 2000, D., 2000, inf. rap., p. 103. V. ; Cass. crim., 12 avril 2005, Bull. crim. no 129

De même lorsqu'il prend une mesure dont la matière relève de la négociation annuelle obligatoire, sans la réaliser (par exemple au sujet de l'aménagement du temps de travail).

La sanction de l'employeur est une amende de 3 750 euros maximum et un emprisonnement d'un an maximum, doublée en cas de récidive.

Le montant maximum de cette amende peut s'avérer dérisoire pour certaines entreprises, d'où notre doute sur le caractère dissuasif de cette sanction.

Aussi, question que nous pouvons d'ores et déjà nous poser : ne serait-il pas plus avantageux d' « améliorer le principe de participation des salariés à la gestion de l'entreprise »¹⁴⁸ ?

221 D'autre part, lorsque l'employeur n'informe ni consulte le comité d'entreprise, **la décision qu'il prendra sera retardée dans le temps** jusqu'à ce qu'il se soumette à ses obligations mais ne sera pas censurée.

Par conséquent, en cas de défaut d'information ou de consultation du comité d'entreprise, ce dernier n'a pas la possibilité de « s'opposer » à la décision de l'employeur.

222 L'employeur peut y voir un moyen d'adopter certaines décisions dont il sait à l'avance qu'elles ne feront pas l'unanimité auprès des salariés

L'employeur qui ne se soumet pas à son obligation annuelle de négociation collective peut se trouver en effet « civilement responsable » du préjudice subi par les salariés et les syndicats.

De plus, en cas de non information ou consultation des représentants des salariés, l'employeur devra **verser des dommages et intérêts aux salariés** dont le juge estimera la valeur¹⁴⁹.

2) Les sanctions « dures »

223 Lorsque l'employeur ne se soumet pas à son obligation d'information et de communication des actionnaires et associés, ces derniers peuvent **saisir le président du Tribunal sous forme de référé afin d'imposer ladite communication au dirigeant**.

Les actionnaires et associés peuvent aussi désigner un mandataire pour qu'il « procède à cette communication »¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Virginie FRAISSIER-AMIOT, La participation des salariés à la gestion de l'entreprise, mythe ou réalité ?

¹⁴⁹ CA Paris, 9 mai 1995, Dr. ouvrier, 1995, p. 552

¹⁵⁰ C. com., art. L. 238-1

Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation¹⁵¹ : « *Ne fait qu'user des pouvoirs qu'elle tient de l'article 809, al. 1er du nouveau Code de procédure civile, la Cour d'appel, qui, après avoir constaté que l'employeur n'avait pas mis en œuvre la procédure de négociation annuelle obligatoire définie à l'article L. 132-28 du Code du travail (...), a pris les mesures propres à remédier à la discrimination dont un syndicat faisait l'objet* ».

De ce fait, les organisations syndicales peuvent saisir le juge des référés afin qu'il ordonne aux dirigeants « l'ouverture de négociation collectives en cas de défaut de celle-ci ».

224 A cet égard, certaines décisions que l'employeur aura prise sans respecter la procédure d'information ou de consultation du comité d'entreprise seront frappées de nullité. Ce qui montre encore une fois l'importance de l'obligation de participation du salarié à la gestion de l'entreprise.

A ce sujet, nous allons prendre certains exemples en rapport avec le respect de la vie privée du salarié.

Des exemples en rapport avec le comité d'entreprise:

Tout d'abord, l'employeur se doit de consulter le comité d'entreprise lors de l'élaboration du règlement intérieur.

A défaut, ledit règlement n'est pas valable et ne peut entrer en vigueur¹⁵².

Puis, au sujet de la mise en œuvre en entreprise des « techniques de contrôle de l'activité des salariés », autrement dit de l'installation de caméras ou logiciels qui contrôlent l'activité des salariés mais aussi de système de traitement automatisés (art L 2323-32 alinéa 2 et 3 du Code du travail).

En cas de non respect à cette obligation, l'employeur ne peut se servir en justice de la preuve obtenue via ce système contre le salarié.

Cette preuve sera considérée comme illicite.

Le licenciement d'un salarié qui repose sur une preuve illicite sera considéré comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En effet la Cour de cassation a précisé : « *aux termes de l'article L. 432-2-1 du Code du travail, le comité d'entreprise est informé et consulté préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité*

¹⁵¹ Cass. soc., 13 juillet 1988, Bull. civ. V, no 254

¹⁵² C. trav., art. L. 1321-4 (anc. art. L. 122-36). «La consultation des représentants du personnel est une formalité substantielle, protectrice des intérêts des salariés» (Cass. soc., 4 juin 1969, Bull. civ. V, no 367)

des salariés, ce qui interdit à l'employeur de se servir de moyens de preuve obtenus à l'aide de procédés de surveillance qui n'auraient pas été portés préalablement à la connaissance des salariés »¹⁵³.

Enfin, si l'employeur prend unilatéralement une décision relative à la négociation annuelle obligatoire, celle-ci sera frappée de nullité¹⁵⁴.

225 Par ailleurs, la participation des salariés à la gestion de l'entreprise se fait principalement de manière indirecte.

Il serait légitime d'instaurer de nouvelles dispositions comme le vote de certaines dispositions, en particulier celles qui concernent la vie privée du salarié via le système du référendum.

De plus, il est conseillé aussi de remettre à l'ordre du jour l'ordonnance du 21 octobre 1986 relative à la participation des salariés à la gestion, qui prévoyait pour les sociétés anonymes de pouvoir inscrire dans leurs statuts la possibilité pour les représentants du personnel de siéger au sein du Conseil d'administration ou de surveillance, avec voix délibérative.

Cette ordonnance n'ayant pas fait l'objet d'une transposition, permettrait de réaliser une avancée encore plus grande au sujet de la participation du salarié dans les organes de décision de l'entreprise.

226 Même si l'employeur peut se trouver sanctionné si le principe de participation à la gestion des salariés n'est pas respecté, cela n'est pas suffisant pour assurer un strict respect de ce principe.

Nous allons voir que le salarié peut participer directement aux décisions du conseil d'administration, à des conditions très précises (B).

¹⁵³ Cass. soc., 31 janvier 2001, Bull. civ. V, no 28. De même Cass. soc., 15 mai 2001, Bull. civ. V, no 167 : «Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut, ainsi qu'il résulte de l'article L. 432-2-1 du Code du travail, mettre en oeuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés»

¹⁵⁴ Cass. soc., 29 juin 1994, Bull. civ. V, no 219

B. La Participation directe du salarié à des conditions très précises au sein du conseil d'administration

227 Les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par action sont gérées par un conseil d'administration composé d'administrateurs.

C'est l'assemblée générale des actionnaires qui nomme les membres du conseil d'administration.

Nous allons voir qu'il est **possible pour un salarié d'être nommé membre du conseil**, autrement dit administrateur de la société.

228 C'est la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 qui a imposé la participation des représentants des salariés aux organes de direction des sociétés anonymes et en commandite par actions.

Celle-ci rajoute des conditions :

- ces sociétés doivent employer au moins cinq mille salariés en France ou dix mille dans le monde à la clôture de deux exercices consécutifs,
- les statuts de la société ne doivent pas prévoir la présence d'un nombre de représentants du personnel dans leurs organes de direction au moins égal à celui prévu par la loi (article L 225-7-1 du Code du commerce).

Lorsqu'une société mère répond d'ores et déjà à ces conditions, ses filiales en sont exonérées (article L 225-7-1 Code de commerce).

229 Un salarié peut donc être désigné en tant qu'administrateur, s'il était engagé dans la société depuis au moins deux ans (sauf si l'entreprise a moins de deux ans).

Si le salarié est désigné : premier représentant, il doit travailler dans une société du groupe dont le siège social est en France.

Cette condition n'est pas applicable si le salarié est second administrateur.

C'est en effet le Comité d'entreprise qui nomme le représentant des salariés au conseil d'administration.

Sa consultation au préalable est donc obligatoire (article L 225-27-1 du Code du commerce).

Le salarié administrateur doit être élu par les salariés selon les modalités de l'art L 225-28 du Code du commerce.

Il doit être désigné par le comité de groupe, le comité central d'entreprise (CCE) ou le comité d'entreprise européen (CEE).

Il est désigné par la ou les deux organisations (selon la présence d'un ou deux administrateurs représentants des salariés) ayant obtenu le plus de suffrages au premier tour des élections professionnelles.

S'il y a deux administrateurs salariés, le second peut être désigné par le comité d'entreprise européen ou l'organe européen de représentation des salariés.

230 De plus, une fois que l'assemblée générale extraordinaire a validé les modifications statutaires, l'élection doit avoir lieu dans les six mois.

Si l'assemblée générale extraordinaire oppose son refus d'adopter la modification des statuts, les représentants seront élus par les salariés (avec toujours le même délai de six mois).

En cas de non réunion de l'assemblée générale extraordinaire pour modifier les statuts, tout salarié a la possibilité de demander au président du tribunal de grande instance via la procédure du référé afin d'enjoindre sous astreinte au conseil d'administration de convoquer cette assemblée et de lui soumettre les projets de résolution tendant à modifier les statuts.

231 Le Code du commerce fait mention des fonctions incompatibles avec celles d'administrateur salarié, à savoir, les fonctions de délégué syndical, de membre du comité d'entreprise, de délégué du personnel, de membre du CHSCT.

Le salarié administrateur doit disposer d'heures afin d'exercer son mandat (article L 225-30-1 du Code du commerce).

Afin d'exercer correctement les fonctions d'administrateur, le salarié en question bénéficie d'une formation à la charge de l'entreprise (article L 225-30-2 du Code du commerce).

Le salarié administrateur dispose donc d'un temps de préparation en fonction de l'importance de la société afin de mener au mieux sa mission. (article R 225-34-2 du Code du commerce).

Le salarié désigné a la faculté de demander à l'employeur de bénéficier d'une formation « *adaptée à l'exercice de son mandat* » (article L 225-30-2 du Code du commerce).

En France, il est encore difficile d'intégrer les salariés dans les organes de gestion de l'entreprise. En effet, la gestion est encore confiée aux personnes qui investissent financièrement dans l'entreprise, à savoir les actionnaires et associés. L'investissement des salariés, de leur temps, de leur personne n'est pas encore pris en compte ou alors à échelle très réduite. Pourquoi pas reprendre les termes de l'ordonnance du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat

des salariés qui prévoyait la possibilité pour les représentants du personnel de siéger au sein du conseil d'administration ou de surveillance avec voie délibérative.

Les salariés peuvent participer à la gestion de l'entreprise, à travers leurs représentants (Sous-section 2).

Sous-section 2 : Le rôle indispensable des institutions représentatives du personnel dans la protection de la vie privée du salarié

Les représentants du personnel disposent de certains pouvoirs afin de protéger la santé physique et mentale du salarié (§1), mais aussi leurs intérêts (§2).

§ 1 : La protection de la santé physique et mentale du salarié : le droit d'alerte

La protection de la santé physique et mentale du salarié passe par la détention du droit d'alerte du délégué du personnel (A), mais aussi des membres du CHSCT (B).

A. Le droit d'alerte du délégué du personnel

232 Un délégué du personnel peut faire usage de son droit d'alerte en cas « *d'atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique ou mentale ou aux libertés individuelles qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché* » (article L. 2313-2 du Code du travail).

Celui-ci est considéré comme le garant des droits et libertés individuelles de chacun.

Mais aussi comme le protecteur de la santé physique et mentale des salariés.

Le droit d'alerte peut alors s'exercer de deux façons : soit le délégué du personnel constate lui-même l'atteinte à la liberté individuelle du salarié, soit ce dernier (ou un autre salarié de l'entreprise) vient lui rapporter directement. Une fois qu'il a été informé, il doit informer immédiatement l'employeur, qui débute une **enquête avec les délégués du personnel** afin de prendre « les **dispositions nécessaires pour remédier à cette situation** » (article L 2312-2 du Code du travail).

233 Lors de l'enquête, l'employeur peut avoir recours à des auditions du ou des salariés en questions, mais aussi de ses collègues. Il se doit d'obtenir toutes les informations

nécessaires de cette supposée « *atteinte* » aux droits individuels. Le délégué du personnel a toujours la possibilité par la suite de saisir le bureau de jugement du conseil des prud'hommes dans plusieurs cas :

- l'employeur n'a pas répondu à sa demande,
- l'employeur conteste la « *réalité de l'atteinte* »,
- aucune solution n'a été trouvée.

Le juge doit donc ordonner toutes mesures afin de « *faire cesser l'atteinte aux libertés* » et « *assortir sa décision d'une astreinte* ».

234 Citons à cet égard, un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation qui dans une affaire du 17 juin 2009, a approuvé la décision de la Cour d'appel ayant enjoint à l'employeur la mise en œuvre d'une enquête avec les délégués du personnel au sujet des « *conditions dans lesquelles avaient été consultées et exploitées les messageries des salariés et notamment de rechercher si des messages identifiés comme personnels avaient été ouverts par l'employeur* ».

Cette mesure prise par le Cour d'appel était donc nécessaire afin de savoir s'il y a eu ou non atteinte au respect de la vie privée du salarié et si oui, de devoir y remédier¹⁵⁵.

Par conséquent, le délégué du personnel peut et doit utiliser son droit d'alerte « *d'atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique ou mentale ou aux libertés individuelles qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché* »¹⁵⁶.

235 Il est à noter que constituent une **atteinte à la santé physique et mentale des salariés** :

- les **mesures discriminatoires**, concernant la rémunération, la formation, le reclassement, l'affectation, la classification, la qualification, la promotion professionnelle, la mutation (la problématique des clauses de mobilités face à la vie privée du salarié que nous approfondirons plus tard), la sanction... (article L 1132-1 du Code du travail),

¹⁵⁵ Cass. soc., 17 juin 2009, no 08-40.274

¹⁵⁶ article L. 2313-2 du Code du travail

- le **harcèlement moral du salarié** : « *agissements répétés qui ont pour objet, ou pour effet, une dégradation de ses conditions de travail, susceptibles de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* » (article L. 1152-1 du Code du travail)

- le **harcèlement sexuel** : « *les propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante* », ainsi que « *toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers* » (article L. 1153-1 du Code du travail).

236 En outre, dans la mesure où le harcèlement moral et sexuel portent atteinte à la santé morale et physique du salarié, le délégué du personnel doit utiliser son droit d'alerte afin de protéger les salariés.

En effet, le délégué du personnel doit exercer son droit d'alerte lorsque que les décisions de l'employeur ont été prises en violation du respect de la vie privée des salariés.

Aussi, un employeur ayant élaboré un système de surveillance et de contrôle ou de traitement automatisé des données nominatives sans avoir consulté ou informé le comité d'entreprise ou sans avoir déclaré le traitement à la CNIL, peut faire l'objet du droit d'alerte du délégué du personnel.

237 De plus, en cas de mise en œuvre par l'employeur d'un système de contrôle clandestin, le délégué du personnel peut « *réclamer le retrait des preuves obtenues* » par ledit système litigieux.

Ce pouvoir de réclamation est ainsi fondé sur l'atteinte fondée aux droits des personnes et aux libertés individuelles.

Afin d'illustrer nos propos, en vertu d'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation de 1997, le délégué du personnel peut saisir le juge pour faire supprimer les enregistrements vidéos litigieux.

L'employeur ne pourra pas se fonder sur ces éléments à l'encontre du salarié¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Cass. soc., 10 déc. 1997, no 95-42.661

238 En somme, toute décision qui porte atteinte à une liberté individuelle du salarié, en l'occurrence le respect de sa vie privée, par extension le droit de se marier... pourra faire l'objet du droit d'alerte du délégué du personnel.

De ce fait, cette qualification lui a valu le surnom par certains auteurs de « **défenseur des libertés individuelles** ».

De ce fait, le salarié se doit d'agir lorsque le comportement de la direction ou d'un membre de la direction de l'entreprise prennent des décisions portant atteinte à la vie privée d'un ou de plusieurs salariés.

239 Le CHSCT quant à lui, dispose aussi du pouvoir du droit d'alerte, en cas d'atteinte à la santé économique de l'entreprise.

En effet, selon l'article L 2323-78 du Code du travail, le comité d'entreprise qui « *a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise* » peut déclencher son droit d'alerte.

Et, s'il « *n'a pu obtenir de réponse suffisante de l'employeur ou si celle-ci confirme le caractère préoccupant de la situation* », il peut décider de poursuivre la procédure d'alerte et d'établir un rapport¹⁵⁸.

Enfin, même si ce droit d'alerte ne protège pas directement la vie privée du salarié, on peut déduire qu'une entreprise en « *bonne santé économique* » est plus à même de maintenir des salariés heureux et en bonne santé mentale que dans le cas inverse.

La protection économique de l'entreprise protège indirectement la santé mentale du salarié.

Mais les délégués du personnels ne sont pas les seuls détenteurs du droit d'alerte, en effet, ce dernier est aussi mis à la disposition des membres du CHSCT (B), afin d'assurer une protection encore plus grande des salariés.

B. Le droit d'alerte du CHSCT

240 Lorsque le représentant du personnel au CHSCT découvre lui – même (article L 4131-2 du Code du travail) ou par l'intermédiaire d'un salarié (article L 4131-1 du Code du travail) qui a fait l'usage de son droit de retrait, l'existence d'une situation dangereuse de

¹⁵⁸ Cass. soc. 27 nov. 2012, n° 11-21566

travail impliquant un danger pour le salarié, il doit exercer son droit d'alerte, afin de protéger la santé des salariés.

En effet, la constatation de cette situation de danger grave et imminente par le représentant du personnel au CHSCT lui impose donc d'en alerter directement et immédiatement l'employeur.

Chacun des membres du CHSCT peut aller voir individuellement l'employeur, aucune concertation entre lesdits membres n'est imposée au regard de la situation de danger imminente que peut courir le salarié.

La situation de danger grave et imminente doit en outre être consignée par écrit à l'employeur sur un registre spécial, mais pas obligatoire, elle peut être aussi verbale¹⁵⁹, toujours au regard du risque que court le salarié.

Dans les entreprises à hauts risques industriels, l'employeur doit avertir l'inspecteur du travail, le service de prévention des organismes de sécurité sociale et dans certains cas, l'Autorité de sûreté nucléaire, l'inspection des installations classées ou l'ingénieur chargé de l'exercice de la police des installations (article L 4526-1 du Code du travail).

241 Soulignons que pour déclencher le droit d'alerte du CHSCT, il est nécessaire que trois conditions soient réunies :

- la constatation et l'établissement de la situation dangereuse : qui provient soit directement du membre du CHSCT, soit du salarié ayant exercé son droit de retrait, soit d'un autre représentant du personnel,
- la situation doit caractériser un danger grave : C'est une circulaire de 1993 qui va définir cette notion de « ***danger grave*** » à travers ses conséquences, en précisant qu' « *est grave ce qui peut entraîner des incapacités permanentes ou prolongées voire la mort* »¹⁶⁰ et
- le danger doit être imminent : que les salariés soient directement exposés à un danger physique, mais aussi qu'ils soient exposés à des nuisances (aspiration de certaines substances) qui verront leurs effets se déployer plus tard.

De même si le danger a des conséquences sur la santé mentale des salariés.

242 Afin de poursuivre, il peut arriver que l'employeur et le membre du CHSCT ne soient pas d'accord au sujet de la situation de danger grave et imminente.

¹⁵⁹ Circ. DRT no 93/15, 25 mars 1993, BO Trav. 5 juin

¹⁶⁰ Circ. DRT no 93/15, 25 mars 1993, BO Trav. 5 juin

Dans ce cas là, les juges du fond doivent trancher¹⁶¹, comme l'a fait la chambre sociale de la Cour de cassation le 17 octobre 1989 au sujet d'une exposition des salariés à des courants d'air, ayant jugé que « *l'exposition à des courants d'air ne constituait pas un danger grave et imminent* »¹⁶².

243 Tout comme le droit d'alerte du délégué du personnel, l'employeur se doit de réaliser une enquête avec le membre du CHSCT en question, et de trouver les solutions afin de remédier à cette situation de risque pour le salarié (article L 4132-2 du Code du travail).

Il doit se rendre sur le lieu du danger.

Si l'employeur et le membre du CHSCT ne trouvent pas d'accord quant à la cessation de la situation dangereuse, le CHSCT se doit d'être réuni en urgence (dans les vingt quatre heures au plus tard).

De plus, l'employeur doit avertir l'inspecteur du travail et l'agent de service de prévention de la Carsat afin d'assister à ladite réunion (article L 4132-3 du Code du travail).

En cas de nouveau désaccord lors de la réunion du CHSCT, l'employeur doit saisir l'inspecteur du travail qui mettra en œuvre la procédure ou saisira le juge des référés (article L 4132-4 du Code du travail).

244 Enfin, si l'employeur n'a pas veillé au respect des obligations générales de prévention lui incombant, en vertu de son obligation de sécurité de résultat, celui-ci peut se voir opposer une mise en demeure.

De plus, lorsque les inspecteurs et les contrôleurs du travail constatent un danger grave ou imminent à l'intégrité physique des salariés, ils peuvent dresser un procès verbal (art L 4721-5 du Code du travail). Seul l'employeur peut permettre à ses salariés d'arrêter de travailler en cas de constatation d'un danger grave et imminent (art L 4132-5 du Code du travail).

S'il ne le fait pas, le salarié peut exercer son droit de retrait d'une situation dangereuse (article L 4131-1 du Code du travail) mais en aucun cas un membre du CHSCT ne peut autoriser les salariés à arrêter leur activité.

Les institutions représentatives du personnel se chargent aussi de la protection des intérêts du salarié (§2).

¹⁶¹ Cass. soc., 20 janv. 1993, no 91-42.028

¹⁶² Cass. soc., 17 oct. 1989, no 86-43.272

§2 : La protection des intérêts du salarié

La protection des intérêts du salarié se réalise en premier lieu via la négociation employeur / organisations syndicales (A), mais aussi par le biais de l'incontournable procédure de consultation (B).

A. La participation des salariés à travers la négociation employeur / organisations syndicales

245 En vertu de l'article L 2221-1 du Code du travail : tous les salariés ont droit « à la *négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi et de travail et de leurs garanties sociales* ».

Cette négociation s'effectue entre l'employeur et les représentants syndicaux.

Tout d'abord, les articles L 2242-1 et suivants du Code du travail établissent une négociation annuelle obligatoire.

Celle – ci concerne les salaires effectifs, la durée effective et l'organisation du temps de travail, mais aussi les modalités d'accès à un régime de prévoyance maladie, à l'épargne salariale, l'intéressement et les plans d'épargne.

Enfin, cette négociation concerne aussi les « *objectifs en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise* », et les « *mesures permettant de les atteindre* »¹⁶³.

Cette négociation annuelle obligatoire constitue un frein aux décisions unilatérales de l'employeur¹⁶⁴.

Deux issues peuvent suivre cette négociation :

- une « *issue positive* » ou « *participation positive* »¹⁶⁵, c'est – à – dire celle qui aboutira à un accord entre les représentants des salariés et l'employeur, et
- une « *issue négative* », où l'absence de conclusion d'accord devra être inscrite dans un procès verbal.

¹⁶³ Ajouté par la loi no 2001-397 du 9 mai 2001

¹⁶⁴ Article L. 2242-3 du Code du travail (anc. art. L. 132-29, al. 1)

¹⁶⁵ Expression employée par le Professeur Virginie FRAISSINER-AMIOT

Ledit procès verbal contiendra les « *ultimes propositions de chacune des parties* » et « *les mesures que le chef d'entreprise entend appliquer unilatéralement* »¹⁶⁶.

245 De plus, l'article L 2242-15 du Code du travail instauré par la loi sur la cohésion sociale de 2005, instaure l'obligation pour les entreprises de plus de 300 salariés de procéder tous les trois ans à une négociation sur « *les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise et ses effets prévisibles sur l'emploi et les salaires* »¹⁶⁷, en plus de réaliser une négociation « *sur la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences* » (GPEC).

246 La loi du 30 décembre 2006, quant à elle, prévoit pour les entreprises de plus de 300 salariés une négociation sur les « *modalités d'information du comité d'entreprise* ».

L'obligation instaurée par la loi est une obligation de négociation et pas une obligation de conclusion d'un accord.

Il s'agit d'une obligation de moyen et non de résultat.

La négociation d'accord par le biais des représentants syndicaux renforce d'autant plus la participation des salariés à la gestion de l'entreprise.

Virginie FRAISSIER-AMIOT parle dans ce sens d'un « *sentiment d'amélioration du droit des salariés de participer à la gestion* ».

Même si la loi accorde la possibilité pour les syndicats de pouvoir participer à certaines négociations, ce n'est pas suffisant pour accorder une totale protection des salariés, en effet, l'employeur ne peut échapper à la mise en place de l'incontournable procédure de consultation (B).

B. L'incontournable procédure de consultation

247 La consultation des représentants du personnel, à savoir comité d'entreprise mais aussi CHSCT, s'est développée ces dernières années, notamment grâce à la loi du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi et au décret du 27 décembre 2013 relatif à la base de données économiques et sociales et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise.

¹⁶⁶ Virginie FRAISSIER-AMIOT, La participation des salariés à la gestion de l'entreprise, mythe ou réalité ?

¹⁶⁷ Loi no 2005-32 du 18 janvier 2005, loi de programmation pour la cohésion sociale, JO du 19 janvier 2005, p. 864

1) La procédure de consultation du Comité d'entreprise

248 Le Code du travail prévoit la durée de la procédure de consultation qui peut osciller entre un à quatre mois.

L'article R 2323-1-1 du Code du travail instaure un délai classique d'un mois, rallongé d'un mois en cas d'expertise, d'un mois aussi lorsque le projet impose la saisine d'un ou de plusieurs membres du CHSCT.

Pour les consultations prévues à l'article L 2323-3 du Code du travail, ce sont les délais précités qui s'appliquent.

Sont concernées les mesures qui relèvent de la compétence économique du comité d'entreprise.

La procédure est obligatoire pour les projets de l'employeur qui portent sur la « collectivité *des salariés* » (article L 2323-1 du Code du travail).

Le comité d'entreprise n'est pas consulté pour les mesures individuelles¹⁶⁸.

En effet, la consultation du comité d'entreprise n'est pas nécessaire pour la mise en place d'horaires individualisés pour un unique salarié¹⁶⁹, contrairement à celle d'une collectivité de salariés¹⁷⁰.

249 Les consultations sur : les décisions de l'employeur qui portent sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise (article L. 2323-6 du Code du travail), notamment les mesures de nature à affecter les **conditions d'emploi**, les **horaires collectifs de travail**, les qualifications ou les modes de rémunération (article L. 2323-27 du Code du travail), la **durée du travail et l'aménagement du temps de travail** (article L. 2323-29) ; les **projets d'introduction de nouvelles technologies** (article L. 2323-13), de **traitements automatisés de gestion du personnel ou de dispositifs de surveillance des salariés** (article L. 2323-32) ; la situation de l'entreprise en cas de modifications de l'organisation économique ou juridique (article L. 2323-19) ou d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire (article L. 2323-44) ; ou encore sur l'utilisation du crédit compétitivité emploi (article L. 2323-26-1).

La loi ne prévoit pas de terme maximum pour réaliser la procédure de consultation.

Dans un souci surtout de réalisation entière et complète de son enquête¹⁷¹.

¹⁶⁸ Cass. crim., 14 févr. 1989, no 87-91.415

¹⁶⁹ Cass. soc., 1er juill. 1997, no 95-12.000

¹⁷⁰ Cass. crim., 16 sept. 2003, no 02-86.661

250 Par ailleurs, notons qu'il est toujours possible de prévoir à l'avance dans le règlement intérieur la fixation desdits délais de consultation. Il serait donc judicieux de ne pas prévoir des délais plus courts que les délais conformes, à savoir 15 jours minimum.

Nous avons vu précédemment qu'il était possible d'obtenir une consultation plus longue, ce qui serait plus favorable pour salarié.

Quant au délai d'expertise, l'article L 2325-42-1 du Code du travail prévoit la possibilité pour celui-ci d'être rallongé en vertu d'un accord entre l'employeur et le représentant du personnel.

251 Il serait logique de pouvoir appliquer ce raisonnement pour le délai de consultation.

En effet, si besoin est, de pouvoir rallonger d'un commun accord la procédure de consultation. Comme le précise Grégoire LOISEAU, « *la gestion du temps est d'abord l'affaire des intéressés* ».

Les délais ne peuvent faire l'objet « *ni de suspension ni d'interruption* »¹⁷².

Avant de prendre toute décision concernant la direction de l'entreprise, celle-ci se doit de consulter au préalable le Comité d'entreprise.

En effet, l'article L 2323-6 du Code du travail prévoit que : « *Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle* ».

La consultation est obligatoire pour tout ce qui est relatif à l'organisation interne de l'entreprise, et en particulier à la **gestion du personnel**¹⁷³ et à la détermination des conditions de travail et d'emploi¹⁷⁴, mais aussi, au sujet « *des moyens ou techniques [mises en œuvre dans l'entreprise] permettant un contrôle de l'activité des salariés* »¹⁷⁵, enfin lors de l'élaboration du règlement intérieur¹⁷⁶.

¹⁷¹ La procédure de consultation des représentants du personnel par Grégoire Loiseau

¹⁷² La procédure de consultation des représentants du personnel par Grégoire Loiseau

¹⁷³ C. trav., art. L. 2323-6 (anc. art. L. 432-1) et L. 2323-27 (anc. art. L. 432-3)

¹⁷⁴ C. trav., art. L. 2323-27 (anc. art. L. 432-3)

¹⁷⁵ C. trav., art. L. 2323-32, al. 3 (anc. art. L. 432-2-1)

¹⁷⁶ C. trav., art. L. 1321-4 (anc. art. L. 122-36)

L'article L 2323-62 instaure donc la possibilité pour deux membres du comité d'entreprise de participer aux réunions du conseil d'administration des sociétés anonyme avec simple voix consultative :

« Dans les sociétés, deux membres du comité d'entreprise, délégués par le comité et appartenant l'un à la catégorie des cadres techniciens et agents de maîtrise, l'autre à la catégorie des employés et ouvriers, assistent avec voix consultative à toutes les séances du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, selon le cas ».

Virginie FRAISSINIER-AMIOT qualifie ce droit pour les salariés de « **semi-droit de décider** ».

L'article L 2323-67 prévoit la possibilité pour ces deux membres en question de participer aux assemblées générales des actionnaires¹⁷⁷. De plus, le Comité d'entreprise peut inscrire un projet à l'ordre du jour sur le procès verbal d'assemblée générale des actionnaires.

252 Enfin, il est nécessaire de préciser que l'ordonnance du 21 octobre 1986 relative à la participation des salariés à la gestion, prévoit que les sociétés anonymes peuvent inscrire dans leurs statuts la possibilité pour les représentants du personnel de siéger au sein du Conseil d'administration ou de surveillance, avec voix délibérative cette fois – ci¹⁷⁸.

Cependant, cette grande avancée établie par ladite ordonnance n'a pas été intégrée dans la législation.

L'idée générale de cette dernière a été intégrée au cours de l'année 2006 (loi du 30 décembre 2006), à travers l'article L 225-23 du Code de commerce qui prévoit que certains représentants des salariés actionnaires pourront être présents lors de la présentation du rapport par le conseil d'administration au cours d'une assemblée générale.

253 Nous pouvons constater que cet article est beaucoup plus restrictif au niveau de la participation des salariés aux organes de gestion que l'ordonnance de 1986.

La difficile intégration des salariés dans les organes de participation de l'entreprise permet tout de même d'influer sur une gestion et une organisation qui prenne en compte encore plus leurs intérêts.

¹⁷⁷ C. trav., art. L. 2323-67, § 2, première phrase (anc. art. 432-6-1). V. B. Jadaud, La participation du comité d'entreprise aux assemblées générales d'actionnaires, LPA 2001, no 142, p. 4 à 7

¹⁷⁸ V. J.-J. Daigre, Les représentants salariés au conseil d'administration des SA, Dr. soc., 1987, p. 450 ; A. Lefever, La participation des salariés au conseil d'administration des SA, Rev. sociétés, 1987, p. 189

Dans ce sens, l'employeur ne peut prendre de décision au sujet de l'instauration des horaires individualisés¹⁷⁹ et de la nomination du médecin du travail¹⁸⁰ sans conclure un accord avec les salariés.

Le salarié dispose d'un pouvoir de participation aux organes de gestion à travers le Comité d'entreprise.

2) La procédure de consultation du CHSCT

254 Le Code du travail rapproche la consultation du Comité d'entreprise avec celle du CHSCT, alors que la jurisprudence proclame une indépendance du CHSCT¹⁸¹.

Une mesure de réorganisation de l'entreprise qui va avoir des incidences sur les conditions de travail du personnel, en leur provoquant un stress se devra de faire l'objet d'une consultation préalable du CHSCT (en plus de celle du Comité d'entreprise).

Le Code du travail prévoit aussi des délais d'« *articulation* » de consultation du CHSCT et du Comité d'entreprise (article L 4614-12-1 du Code du travail), mais aussi rajoute que le CHSCT doit être consulté avant le comité d'entreprise pour les décisions d'aménagement « importantes » (article L 4612-8 DU Code du travail).

De plus, le comité d'entreprise peut demander à l'employeur d'obtenir l'avis du CHSCT¹⁸².

255 La jurisprudence, quant à elle, met en évidence l'importance de la consultation du CHSCT pour toute restructuration de l'entreprise qui aura des répercussions sur les conditions de santé et de sécurité du salarié¹⁸³.

L'effectivité de cette mesure n'étant pas assurée car aucune sanction (irrégularité de la procédure) n'est prévue en cas de non consultation du CHSCT.

Seul le juge administratif peut contrôler que la consultation du CHSCT a bien été faite.

De plus, pour que le CHSCT effectue une bonne consultation, il se doit d'obtenir de l'employeur toutes les informations sur l'aménagement de l'entreprise prévue.

En effet, la Cour administrative d'appel de Versailles a jugé insuffisant un « *power point* » de cinq pages dont une seule relative à « *l'impact social du projet* » et une relative au « *projet de*

¹⁷⁹ C. trav., art. L. 3122-23 (anc. art. L. 212-4-1)

¹⁸⁰ C. trav., art. R. 241-31

¹⁸¹ CA Paris, 14e ch., 13 mai 2009, no 08/23442, à propos de la réorganisation de plusieurs services ; TGI Toulouse, 3 févr. 2011, no 11/00114 ; comp : TGI Chartres, 19 févr. 2010, no 10/00059, qui écarte l'obligation de consultation en cas de fermeture provisoire d'un établissement

¹⁸² TGI Paris, 6 avr. 2010, no 10/51557), et Marc Patin, JCP.S 2010, no 1425

¹⁸³ TA Grenoble, 18 avr. 2014, no 1400318

réorganisation et ses conséquences sociales », sans faire mention de l'apparition des **risques psycho-sociaux** suite à cette nouvelle organisation¹⁸⁴.

256 Il est nécessaire de se pencher désormais sur le cas particulier du dispositif de surveillance et de contrôle de l'activité des salariés :

En effet, la mise en place d'un système de surveillance et de contrôle des salariés nécessite **l'information** mais **aussi la consultation** préalable du comité d'entreprise.

« *Le comité d'entreprise est informé et **consulté**, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés* » (art L 2323-32 du Code du travail).

La consultation a pour but de recueillir l'avis du comité d'entreprise, sur « *la pertinence et la proportionnalité entre les moyens utilisés et le but recherché* »¹⁸⁵.

Nous retrouvons toujours le *leit motiv* du principe de finalité et de proportionnalité à respecter, qui doit s'appliquer a fortiori pour la mise en place des techniques de surveillance et de contrôle des salariés¹⁸⁶.

257 Lorsque l'obligation de consultation n'est pas respectée par l'employeur, celui-ci est rendu coupable du délit d'entrave.

En l'espèce, une caméra de surveillance avait été installée dans les toilettes d'une entreprise sans consultation du comité d'entreprise de la part de l'employeur, la DRH qui dirigeait les réunions du comité et le directeur de l'entreprise ont été condamnés au titre du délit d'entrave¹⁸⁷.

Ils ont aussi été condamnés pour atteinte volontaire à l'intimité de la vie privée d'autrui (article 226-1 du Code pénal).

De plus, les preuves obtenues à l'aide d'un système d'enregistrement n'ayant pas fait l'objet d'une consultation auprès du comité d'entreprise, sont illicites¹⁸⁸.

Le projet de surveillance et de contrôle des salariés sera suspendu sur décision du juge jusqu'à ce que l'employeur satisfasse à ses obligations.

¹⁸⁴ CAA Versailles, 22 oct. 2014, no 14VE02351

¹⁸⁵ Circ. DRT n° 93-10, 15 mars 1993

¹⁸⁶ « Les techniques de surveillance des salariés doivent toujours être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché » (art L 1121-1 du Code du travail)

¹⁸⁷ T. corr. Sarreguemines, 7 mars 2005, no 477/05

¹⁸⁸ Cass. soc., 7 juin 2006, no 04-43.866

Il est nécessaire de préciser que le CHSCT se doit d'être consulté avant toutes décisions modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail (article L 4612-8 du Code du travail).

Au sujet du système de surveillance et de contrôle mis en place par l'employeur, il devra consulter le CHSCT à ce sujet si le système en question a une incidence sur la santé morale ou physique du salarié, en lui générant du stress par exemple.

Nous avons vu le système de gouvernance d'entreprise mis en place s'adaptait de plus en plus au respect de la vie privée du salarié, ce qui nous permet d'étudier en profondeur l'exercice de la gouvernance d'entreprise elle-même sur le salarié lui-même et sa vie privée (Titre 2).

Titre 2: L'exercice de la gouvernance d'entreprise sur le salarié lui-même et sa vie privée

Les prérogatives résultant de la gouvernance d'entreprise ont des impacts directs sur le comportement du salarié (Chapitre 2), résultant de sa vie privée.

De ce fait, il est nécessaire d'approfondir en premier lieu l'exercice du pouvoir de l'employeur sur l'activité du salarié, qui peut être considéré comme « controversé » (Chapitre 1).

Chapitre 1: Un pouvoir controversé de l'employeur sur l'activité du salarié

Le pouvoir de l'employeur s'exerce tout d'abord sur l'activité du salarié (Section 1), mais aussi sur la personne même du salarié (Section 2).

Section 1 : Le pouvoir de l'employeur sur l'activité du salarié

La protection du salarié, ainsi que de sa vie privée doit passer par un strict encadrement de l'exercice de la surveillance patronale (Sous-section 1), qui s'avère légitime au regard de l'avènement des NTIC (Sous-section 2).

Sous-section 1 : La surveillance patronale strictement encadrée

258 Nous rappelons la nouvelle et actuelle constatation relative à l'évolution des NTIC qui fait s'effacer tout doucement la frontière entre vie professionnelle et vie privée.

La conciliation des intérêts de l'employeur, à savoir son droit de contrôle et d'utilisation du matériel qu'il confie à son personnel, et du salarié à savoir sa vie privée est difficile à obtenir¹⁸⁹.

Il s'agit d'un droit mais aussi d'un devoir de l'employeur de « *surveiller* » ses employés, d'une part pour s'assurer que les missions qu'il a confié aux salariés sont réalisées comme il se doit et d'autre part l'employeur en tant que commettant peut se trouver responsable des fautes commises par son salarié (article 1384 alinéa 5 du Code civil).

¹⁸⁹ J. Devèze et M. Vivant, *Courrier électronique professionnel et secret : où l'oubli du « flexible droit » conduit à un déni de droit : Comm. com. électr. 2001, chron. 1*

L'évolution des technologies de l'information et de la communication permet à l'employeur d'obtenir désormais des informations les plus exactes sur le salarié.

Il faut savoir qu'un abus dans la surveillance de l'employeur constitue un délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée et une violation du secret des correspondances qui est réprimé pénalement (articles 226-1, 226-7 et 226-15 alinéa 2 du Code pénal).

Nous pouvons donc nous demander dans quelles mesures l'employeur peut-il user de ces moyens de contrôle et de surveillance des salariés sans porter atteinte à la vie privée et aux libertés des salariés.

259 Il faut savoir qu'aucun texte ne fonde le pouvoir de l'employeur de surveiller et contrôler l'activité de ses salariés.

Mais la mise en place de ce système de contrôle résulte du pouvoir de direction et de gestion que l'employeur possède et qui provient du contrat de travail.

C'est donc la jurisprudence qui a élaboré et encadré les systèmes de surveillance des salariés en entreprise, renforcé par l'élaboration de la loi du 31 décembre 1992¹⁹⁰.

De plus, il n'existe pas de définition légale du dispositif de contrôle, la jurisprudence donne certains exemples de systèmes de contrôles que nous allons étudier comme la vidéo – surveillance, la géolocalisation, la filature.

La surveillance patronale s'exerce tout d'abord sur l'activité du salarié (§1), mais aussi sur ses documents et correspondances (§2).

¹⁹⁰ L. n° 92-1446, 31 déc. 1992, relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage

§ 1 : Le contrôle de l'activité du salarié par l'employeur

La loi et la jurisprudence ont mis en place une procédure protectrice de la vie privée du salarié (A), qui se retrouve d'autant plus protégée par le contrôle exercé par la justice (B).

A. L'élaboration d'une procédure protectrice de la vie privée du salarié

- vidéo – surveillance :

Information et consultation des représentants du personnel :

260 Cette procédure a été mise en place à la base dans un objectif de protection du salarié contre les risques psycho – sociaux d'une trop grande ingérence dans sa vie privée.

Avant de mettre en place toute mesure de surveillance à l'encontre des salariés, l'employeur se doit de consulter le Comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel (article L 2323-32 du Code du travail). En effet, le comité d'entreprise doit « *être informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés* ».

Cette consultation est l'occasion pour le comité d'entreprise de donner son avis sur la « *pertinence* » et la « *proportionnalité* » de la mesure.

Sinon il s'expose à une condamnation pour délit d'entrave.

Si l'employeur prononce un licenciement en se fondant sur ce procédé de contrôle clandestin, il sera considéré comme « *sans cause réelle et sérieuse* »¹⁹¹.

Si le dispositif mis en place peut avoir un impact sur la santé morale du salarié en lui provoquant du « *stress* », il est recommandé à l'employeur de consulter le CHSCT, même si cette mesure n'est pas prévue légalement.

Si les représentants du personnel n'ont pas été informés de ce dispositif de surveillance, ce dernier est invalide¹⁹².

261 De plus, la surveillance directe effectuée par l'employeur ou un membre de la direction, même en l'absence d'information du salarié est un mode de preuve licite¹⁹³ car il ne constitue pas un système de contrôle mais est inhérent à la fonction de dirigeant.

¹⁹¹ Cass. soc., 15 mai 2001, no 99-42.219

¹⁹² Cass. soc., 7 juin 2007, no 04-43.866

De plus, dans ce cas là le comité d'entreprise n'a pas besoin d'y être informé¹⁹⁴.

Mais plusieurs autres conditions se doivent d'être réunies :

- ce doit être une « *simple surveillance* », c'est – à – dire provenant d'une « *observation directe du salarié* »,
- elle doit être réalisée par le supérieur hiérarchique, ou un service interne et non une personne ou une entreprise extérieure à la société et
- elle doit intervenir directement sur le lieu de travail¹⁹⁵.

En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation précise que « *le simple contrôle de l'activité d'un salarié par l'employeur ou par un service interne à l'entreprise chargé de cette mission ne constitue pas, même en l'absence d'information et de consultation préalable du comité d'entreprise, un mode de preuve illicite* »¹⁹⁶.

L'employeur peut donc confier cette mission de contrôle à son personnel d'encadrement, afin d'observer certaines équipes au sujet de leurs horaires de travail.

Le contrôle en question était « *limité au temps de travail et n'avait impliqué aucune atteinte à la vie privée des salariés observés* ». Les rapports « *suivis contrôleurs* » élaborés à la suite de ce contrôle étaient donc licites¹⁹⁷.

Le dispositif précité doit avoir pour finalité la surveillance ou le contrôle des salariés.

Sinon il doit faire l'objet d'une consultation auprès des représentants du personnel.

La Cour ne se fonde pas sur la finalité précisée par l'employeur mais sur celle « *révélée par l'utilisation du dispositif qui permet de retenir la qualification de dispositif de contrôle et déterminer l'étendue des obligations de l'employeur* »¹⁹⁸.

262 Précisons d'une part en quoi consiste l'information des salariés :

L'article L 1222-4 du Code du travail précise qu' « *aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance* ».

Cette information est obligatoire même si la procédure de consultation auprès du comité d'entreprise a été réalisée.

¹⁹³ Cass. soc., 26 avr. 2006, no 04-43.582

¹⁹⁴ Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-14.241

¹⁹⁵ Surveillance du salarié sur le lieu de travail, JCP S 2006, 1444, comm. Corrignan-Carsin D.

¹⁹⁶ Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-14.241 ; cf. également : Cass. soc., 26 avr. 2006, n° 04-43.582, Bull. civ. V, n° 145 ; Cass. soc., 3 mai 2007, n° 05-44.612

¹⁹⁷ Cass. soc. 5 novembre 2014 n° 13-18427

¹⁹⁸ Gardin A., Les procédés d'obtention de la preuve dans le cadre du procès prud'homal : la surveillance sous contrôle, RJS 11/08, p. 867 et s.

L'employeur doit informer au préalable les salariés des mesures de surveillance dont ils vont faire l'objet en vertu de son obligation de transparence et de loyauté.

Un employeur qui ne respecte pas l'obligation d'information manque à son obligation de loyauté et de bonne foi dans l'exécution de son contrat de travail¹⁹⁹.

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation au visa des articles 9 du Code civil et 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme affirme l'exigence de loyauté de la preuve²⁰⁰.

Cette information doit être effectuée, que ces moyens de surveillances soient visibles ou non²⁰¹.

Cette information doit être expresse et préalable à la mise en œuvre dudit dispositif.

La loi ne précise pas la forme de l'obligation d'information des salariés.

263 Quant à l'administration, celle-ci précise qu'elle peut intervenir par tout moyen, à savoir, oral ou écrit, individuel ou collectif.

Il est recommandé à l'employeur, dans un objectif de protection de réaliser cette obligation par écrit, au moyen d'un courrier individuel remis en main propre contre décharge²⁰².

Une étude de la jurisprudence montre qu'un « *simple affichage* » de cette mesure dans les locaux de l'entreprise ne suffit pas, il serait préférable pour l'employeur de distribuer à chaque salarié une note d'information en « *rappelant l'objectif poursuivi, les moyens mis en œuvre, et les garanties accordées (durée de conservation, cadre de diffusion...* ».

Ou alors, étant donné que la majorité des salariés travaillent avec un ordinateur, il est possible de rappeler les conditions d'utilisation dudit système de surveillance en les faisant apparaître à l'écran.

264 De ce fait, la CNIL souhaite élargir le droit d'information des salariés en imposant aux employeurs de leur préciser les finalités du dispositif, des destinataires des images et des modalités concrètes de l'exercice du droit d'accès dont ils disposent à l'égard des informations récoltées par ces systèmes de surveillance²⁰³.

¹⁹⁹ CA Montpellier, 23 janv. 2002, no 02-70, Bull. inf. CA no 552, 15 mars 2002, no 282

²⁰⁰ Cass. ass. plén., 7 janv. 2011, no 09-14.316 et no 09-14.667, Bull. no 1

²⁰¹ Cass. soc., 15 mai 2001, no 99-42.219

²⁰² Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié

²⁰³ loi informatiques et libertés, art. 32, 6 janv. 1978, modifiée par la loi du 29 mars 2011 et décision CNIL no 2009-201, 16 avr. 2009

S'il s'agit d'une tierce personne qui a installé les systèmes de surveillance en entreprise, le salarié se doit tout de même d'en être informé²⁰⁴.

En plus de l'obligation d'information, l'employeur doit préciser que le système a été mis en place pour surveiller les salariés.

En cas de non respect de ces obligations d'information, les preuves sont inutilisables²⁰⁵.

A contrario, lorsque l'objectif de l'employeur n'est pas de « surveiller et d'enregistrer l'activité des salariés », la preuve est utilisable²⁰⁶.

265 Les preuves résultant d'un dispositif de vidéo surveillance mis en place dans un objectif de sécurité dans un établissement ouvert au public, dont les salariés ont été informés au préalable peuvent constituer une preuve licite et « *ne constituent pas un détournement de l'objectif initial du dispositif* ».

L'information des salariés et des représentants du personnel n'est pas obligatoire si le système de surveillance est mis en place dans des locaux où aucun salarié ne travaille²⁰⁷.

266 D'autre part, nous devons exposer l'exception à l'obligation d'information : L'employeur n'est pas obligé de prévenir ses salariés à l'avance lorsque le dispositif est mis en place dans des locaux où aucun salarié ne travaille²⁰⁸. Cet allègement de procédure peut se faire a fortiori dans les locaux interdits aux salariés. Dans ce cas un agent de surveillance doit réaliser un rapport.

267 Il est légitime de nous demander si l'employeur a l'obligation de faire figurer ce dispositif de vidéo surveillance au sein du règlement intérieur.

Si l'on considère que le règlement intérieur au sens de l'article L 1321-1 du Code du travail possède des informations relatives à discipline, le système de vidéo surveillance n'y aurait pas vraiment sa place étant donné que sa présence est un « moyen de dissuasion » et non de « coercition »²⁰⁹.

²⁰⁴ Cass. soc., 10 janv. 2012, no 10-23.482

²⁰⁵ Cass. soc., 2 févr. 2011, no 10-14.263

²⁰⁶ Cass. soc., 15 mai 2001, no 99-42.937

²⁰⁷ Cass. soc., 31 janv. 2001, no 98-44.290 ; Cass. soc., 19 janv. 2010, no 08-45.092

²⁰⁸ Cass. soc., 31 janv. 2001, no 98-44.290 ; Cass. soc., 19 avr. 2005, no 02-46.295

²⁰⁹ Surveillance des salariés, Le Lamy santé sécurité au travail

268 Par ailleurs, l'employeur doit faire une déclaration auprès de la CNIL de l'élaboration des systèmes de surveillance est obligatoire lorsque de ce système va découler un « *traitement automatisé de données à caractère personnel* ». C'est le cas pour tous les « *fichiers comportant des informations nominatives relativement au personnel de l'entreprise* »²¹⁰.

La CNIL interdit que les salariés soient filmés de façon permanente et qu'il y aient des caméras dans les lieux de pause, de repos, toilettes et locaux syndicaux²¹¹.

Cette déclaration auprès de la CNIL n'est pas obligatoire lorsqu'a été nommé un correspondant Informatique et libertés.

Géolocalisation :

270 En effet, les premières finalités de la géolocalisation étaient « *l'assistance à la navigation, la mise en relation des personnes, la gestion en temps réel des moyens en personnel et en véhicules des entreprises* ». Le GPS ou le téléphone permettent de localiser le salarié en question.

L'évolution des NTIC a permis d'obtenir de nouvelles finalités à savoir : l'enregistrement des données du salarié afin de savoir s'il a réalisé certaines missions ou analyser en combien temps celles-ci ont été faites.

Pour mettre en place un système de géolocalisation, il est nécessaire pour l'employeur de consulter le comité d'entreprise, puis d'en informer les salariés²¹².

271 De plus, le 16 mars 2006 la CNIL recommande de renforcer le dispositif de procédure de la mise en œuvre de la géolocalisation pour les salariés qui utilisent un véhicule en travaillant et qui doivent être géolocalisés.

L'employeur se doit de déclarer auprès de la CNIL ledit système de géolocalisation²¹³.

Par ailleurs, si le système a été mis en place pour contrôler le temps de travail d'un salarié, il ne peut pas s'agir d'un salarié au forfait-jour, celui-ci bénéficiant d'une liberté dans la gestion de son temps de travail.

²¹⁰ L. no 78-17, 6 janv. 1978, art. 22 modifiée par L. n° 2004-801, 6 août 2004, art. 4, JO 7 août

²¹¹ Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié, Les Cahiers du DRH – 2014

²¹² Richevaux M., Géolocalisation, vie privée et droits fondamentaux des salariés, LPA, 31 mai 2012, no 109, p. 7

La protection des droits des individus face à la géolocalisation vient aussi d'être consacrée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation : Cass. crim., 21 juin 2011, no 11-81.846

²¹³ Norme simplifiée n° 51 issue de Cnil, délib. no 2006-067, 16 mars 2006

272 La CNIL a décidé en date du 4 juin 2015, que les salariés doivent pouvoir désactiver la fonction de géolocalisation des véhicules en dehors du temps de travail, c'est – à – dire pendant les temps de pause et à la fin de la journée.

De plus, les représentants du personnel ne peuvent être géolocalisés pendant la durée de leur mandat. Ces dispositions doivent être mises en vigueur avant le 17 juin 2016²¹⁴.

273 Comme pour le système de vidéo surveillance, si la géolocalisation permet d'obtenir des informations constituant un traitement de données à caractère personnel, celui-ci se doit d'être déclaré au préalable à la CNIL par l'employeur. Selon la Cour de cassation, la géolocalisation en entreprise réalise une « **ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite d'être ordonnée sous le contrôle d'un juge garant du respect des libertés individuelles** »²¹⁵.

Une intervention législative serait nécessaire afin d'encadrer ces systèmes de surveillance en entreprise.

Qu'en est-il du renforcement de la protection assuré par la justice (B) ?

B. La justice protectrice de la vie privée du salarié à l'encontre des mesures de contrôle de l'employeur

1) Le respect du principe de proportionnalité :

274 En vertu du fameux article L 1121-1 du Code du travail, la mesure de surveillance doit être « *justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché* ». Cet article mis en vigueur par la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992²¹⁶, a été inséré pour protéger les salariés de « l'utilisation abusive » des employeurs des nouvelles techniques en entreprise.

La mise en place d'un système de vidéo surveillance se doit d'être dûment justifiée par l'employeur par des « *circonstances particulières* » et pour des « *raisons objectives et identifiables* ».

²¹⁴ Cnil, délib. no 2015-165, 4 juin 2015, JO 17 juin

²¹⁵ Cass. crim., 22 oct. 2013, RLDI 2014/100, no 3333, obs. D. Forest ; voir égal., plus globalement, comm. Quemener M., in RLDI 2013/99, no 3299

²¹⁶ JO 1^{er} janvier 1993

275 En effet, l'employeur ne peut se permettre de mettre en place tout un système de surveillance dans un but de curiosité : de contrôle « *des faits et gestes de ses salariés* », il se doit d'élaborer une justification précise reposant sur des risques de vols dans l'entreprise, des raisons de sécurité, une protection spéciale résultant d'une obligation de « *secret défense* ». . Si ce principe n'est pas respecté, le salarié ou les délégués du personnel peuvent saisir le juge prud'homal afin qu'il prenne toute mesure pour « *faire cesser l'atteinte aux droits et libertés individuelles des salariés* » (article L 2313-2 Code du travail).

276 De plus, la mise en place d'un système de vidéo surveillance est licite si l'intérêt de l'entreprise est en jeu.

La CNIL invite à ce que les systèmes de contrôle mis en place par l'employeur répondent au principe de proportionnalité, en fonction de l'objectif poursuivi²¹⁷.

Elle a d'ailleurs estimé qu'un système mis en place en permanence et étant caché au salarié ne répond pas au principe de proportionnalité²¹⁸.

Cette autorité dispose d'un pouvoir de sanction à l'encontre de l'employeur qui ne respectera pas les formalités requises.

En effet, la CNIL a mis en demeure la société OCEATECH EQUIPEMENT de modifier son dispositif de vidéosurveillance : « *La CNIL enjoint à la société, sous un délai de deux mois, de faire évoluer le dispositif afin que la mise en œuvre du système de vidéosurveillance soit strictement limitée à l'objectif de protection des personnes, des biens et de prévention des actes terroristes, et ne conduise pas à filmer les salariés dans des espaces de repos et de détente* ».

Elle considère en effet, le dispositif élaboré par l'employeur comme étant **excessif** plaçant sous une « *surveillance constante et permanente ses salariés* ». En l'espèce, ce système de surveillance comportait huit caméras équipées de microphone afin de surveiller les huit salariés en question de manière permanente.

L'employeur se doit de respecter la vie privée des salariés en mettant en place ses dispositifs de contrôle.

En effet, selon l'article 1^{er} de la loi informatique et libertés : « *l'informatique ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques* ».

²¹⁷ Voir Délib. CNIL no 2009-901, 16 avr. 2009

²¹⁸ Voir Délib. CNIL no 2010-72, 18 mars 2010

Ladite autorité rend publique la mise en demeure en question en la publiant car elle considère ledit système comme « *particulièrement intrusif* ».

Ce dispositif a été jugé contraire à la loi informatique et Libertés ainsi qu'au Code du travail. Il ne s'agit pas d'une sanction car si la société se conforme aux dispositions de la CNIL dans le délai imparti, aucune suite ne sera mise en œuvre²¹⁹.

Nous pouvons donc remarquer que nous assistons ces dernières années à une montée en puissance de l'élaboration de systèmes de vidéosurveillance de la part des employeurs afin de se constituer des preuves à l'encontre de leurs salariés. De ce fait, la CNIL vérifie avec beaucoup d'attention les « *finalités des dispositifs de vidéosurveillance énoncées dans la déclaration des employeurs et leur réelle utilisation* ».

La CNIL se demande même si le système de vidéo surveillance ne paraît pas disproportionné dans certains cas dans le sens qu'il met en place un « *contrôle permanent des faits et gestes des salariés, qu'il permet de faire ressortir la personnalité de celui-ci, de l'exposer au regard de tous dans ce qu'il a de plus intime : sa façon d'être* ».

Une atteinte à l'exercice du droit syndical, à la liberté d'aller et venir au sein de l'entreprise, de « *prendre contact avec certains salariés* » pourrait se faire sentir.

Cette mesure « *peut avoir un caractère très excessif au regard de la finalité poursuivie* »²²⁰.

Contrairement à certaines entreprises qui compte tenu de leur activité, la surveillance permanente des salariés paraît justifiée comme la banque, ou des entreprises de production de produits dangereux²²¹.

277 Quant au système de géolocalisation, celui-ci doit répondre à un objectif de **finalité légitime**, à savoir :

- « *le respect d'une obligation légale ou réglementaire qui impose la mise en œuvre d'un dispositif de géolocalisation en raison du type de transport ou de la nature des biens transportés* »,
- « *le suivi et la facturation d'une prestation de transport de personnes ou de marchandises ou d'une prestation de services directement liée à l'utilisation du véhicule* »,
- la « *sûreté ou la sécurité de l'employé lui-même ou des marchandises ou véhicules dont il a la charge* »,

²¹⁹ Déc. no 2011-036, 16 déc. 2011 ; Délib. no 2012-012, 17 janv. 2012

²²⁰ Ex : Délib. CNIL no 2012-475, 3 janv. 2013

²²¹ Surveillance des salariés, Le Lamy santé sécurité au travail

- une « *meilleure allocation des moyens, notamment pour des interventions d'urgence* »²²².

De ce fait, le contrôle de l'employeur du temps de travail effectif du salarié à l'aide de la géolocalisation est exceptionnel.

A l'inverse, l'employeur ne peut mettre en place un système de géolocalisation lorsque le salarié dispose d'une « *liberté dans l'organisation de ses déplacements* ».

Seulement, lorsque l'employeur ne dispose pas d'un autre moyen pour élaborer le temps de travail de son salarié, la géolocalisation peut servir à cette fin.

Mais il faut savoir qu'elle ne doit pas contrôler de façon permanente le salarié.

Si ce système a obtenu des informations sur le salarié en dehors des heures de travail, celui-ci se doit d'être interdit.

Notons que la CNIL est une autorité qui veille au maximum à la protection des données personnelles des individus. Il est nécessaire de citer l'affaire Google, où elle a imposé à ladite société de se mettre en conformité avec la loi Informatique et libertés au sujet de son nouveau système de géolocalisation.

2) L'annulation des mesures de l'employeur par la justice résultant de l'illicéité du mode de contrôle

278 Il est interdit pour l'employeur de recourir à un moyen de surveillance « *clandestin* ».

En effet, la Cour de cassation a pu déduire que des rapports « *suivi contrôleurs* » étaient licites²²³.

Il s'agissait en l'espèce d'un contrôle organisé par l'employeur « *confié à des cadres pour observer les équipes de contrôle (...)* »

La surveillance par un tiers ne peut être retenue sauf lorsqu'il s'agit d'un huissier de justice²²⁴.

Ce dernier se doit de se conformer aux « *règles présidant à son office* ».

Il faut savoir que l'enregistrement dans un lieu privé d'images du salarié à son insu est passible d'une peine d'amende de quarante cinq mille euros (article 226-1 Code pénal).

²²² La géolocalisation des véhicules de collaborateurs, Guide pratique – Le Lamy droit du numérique - 2015

²²³ Cass. soc., 5 nov. 2014, no 13-18.427 P ; Dr. soc., 01/2015, obs. D. Boulmier

²²⁴ Cass. soc., 10 oct. 2007, no 05-45.898

L'employeur ne peut se permettre pour prouver une faute du salarié de dissimuler une caméra et un magnétoscope²²⁵.

Dans les pièces de l'entreprises non destinées à travailler, l'employeur peut mettre en place un système de vidéo surveillance des salariés sans consulter le comité d'entreprise ni les salariés. C'est le cas par exemple d'un entrepôt de marchandises disposant d'une caméra, dans un objectif de sécurité : la preuve du vol du salarié a donc été considérée comme licite²²⁶.

279 De plus, la vidéo pour être licite doit « *présenter des garanties suffisantes d'authenticité* », au niveau de sa date et de son contenu, sinon elle ne peut pas constituer une preuve probante.

C'est la raison pour laquelle nous pouvons appliquer le selon lequel « *le doute profite au salarié* ».

En l'espèce, il s'agissait d'un employeur ayant voulu prouver, par la vidéo les faits de négligences commis par son salarié employé au rayon fruits et légumes avec la présence de fruits avariés dans ledit rayon²²⁷.

Par conséquent, l'employeur ne peut se servir d'une preuve obtenue par un système de vidéo surveillance installé dans une société cliente sans même que ses salariés aient été tenus au courant²²⁸.

280 D'autre part, un arrêt de la Cour d'appel de Dijon décide que le licenciement d'un salarié n'était pas justifié, car il reposait sur des données de géolocalisation que l'employeur avait obtenu sans établir les formalités nécessaires, à savoir l'information préalable du salarié et la déclaration à la CNIL²²⁹.

De plus, le système de contrôle du temps de travail d'un salarié a été annulé par la chambre sociale de la Cour de cassation. Il s'agissait en l'espèce d'un employeur qui se servait du système de géolocalisation pour contrôler le temps de travail de son salarié.

²²⁵ Cass. soc., 20 nov. 1991, no 88-43.120 ; Concl. Y. Chauvy, D. 1992, p. 73 ; P. Waquet, Un employeur peut-il filmer à leur insu ses salariés ?, Dr. soc. 1992, p. 28

²²⁶ Cass. soc., 31 janv. 2001, no98.44.290

²²⁷ CA Aix-en-Provence, 4 janv. 1994, no 91/2125

²²⁸ Cass. soc. 10 janv. 2012, RLDI 2012/80, no 2686 ; voir Vignolle P.-D., Géolocalisation des salariés : l'employeur doit être transparent, RLDI no 2675

²²⁹ CA Dijon, ch. soc., 14 sept. 2010, Mille Services c/ Rémi X, <www.legalis.net> ; CNIL, communiqué, Géolocalisation des véhicules : la justice condamne un employeur qui n'a pas suivi les règles « informatique et libertés », 25 oct. 2010, <www.cnil.fr> ; Champloix S., Géolocalisation des salariés : quelle incidence sur le licenciement ?, <www.droit-technologies.org>

Or, ce dernier disposait d'une « *liberté dans l'organisation de ses déplacements* », et de ce fait, ce système ne pouvait être utilisé que si l'employeur ne disposait d'aucun autre moyen à cette fin, d'autant plus que l'employeur n'avait pas réalisé son obligation d'information préalable.

Ledit système a été considéré comme illicite²³⁰. A contrario d'un système mis en place suite à une obligation au titre du règlement européen n° 561/2006 du 15 mars 2006²³¹.

281 Au sujet de l'enregistrement sonore, le salarié doit avoir été informé au préalable qu'il fait l'objet de ce type d'enregistrement.

Nous pouvons citer un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 14 mars 2000 par lequel un salarié ayant été informé de la mesure de surveillance dont il faisait l'objet s'est adonné à des jeux de hasard avec des tiers pendant ses heures de travaux²³².

La preuve à l'encontre du salarié ayant réalisé des faits en dehors de son temps de travail est considérée comme licite lorsque le système a été mis en place dans un objectif de sécurité du magasin et non de contrôle les salariés²³³.

282 Quant à la filature, à savoir, recourir à un détective privé ou à un système de filature pour surveiller un salarié est interdit par la chambre sociale de la Cour de cassation et constitue donc un moyen de preuve illicite.

Et ceci pour plusieurs raisons :

- tout d'abord, le salarié n'a pas été informé au préalable de la mesure de surveillance dont il allait faire l'objet,
- de plus, cette mesure a été jugée comme « directement attentatoire à la vie privée du salarié et disproportionnée ».

283 Il n'est donc pas possible pour l'employeur d'utiliser un rapport de filature pour prouver une faute du salarié²³⁴. Il en va de même pour les rapports d'un détective privé²³⁵.

²³⁰ Cass. soc., 3 nov. 2011, no 10-18.036, RLDI 2011/77, no 2565, RLDI 2012/78, no 2601, comm. Duhen W., JCP S 14 nov. 2011, no 461, act. 446, obs. Miara S. ; JCP G 21 nov. 2011, no 47, 1284, obs. Dedessus-Le Moustier N., JCP S 2012, no 6, 1054, comm. Loiseau G

²³¹ Cass. soc., 14 janv. 2014, no 12-16.218, X. c/ Sté Goubet, Cah. soc. barreau, no 260, 1er févr. 2014, obs. Icard J. ; Procédures 2014, comm. 75, obs. Bugada A. ; RLDI, no 104, mai 2014, no 3474, p. 52, obs. de Romanet J. ; JCP S 2014, 1213, note Bossu G. ; JCP S 2014, 1214, note Geffray E. et Girot C.

²³² Cass. soc., 14 mars 2000, no 98-42.090, JSL, no 56, no 4, note N. Rérolle, Semaine sociale Lamy, no 974, p. 13

²³³ Cass. soc. 26 juin 2013 no 12-16.564

²³⁴ Cass. soc., 26 nov. 2002, no 00-42.401

En effet, c'est au visa des articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 9 du Code civil et 9 du Code de procédure civile et L 1121-1 du Code du travail que la Cour de cassation a invalidé le licenciement d'un salarié sur faute grave reposant sur un rapport de filature. Ladite Cour considère qu' « une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur »²³⁶.

Même si le salarié a été informé au préalable du mode de surveillance dont il allait faire l'objet, ce moyen ne peut être retenu en vertu de l'atteinte à la vie privée du salarié.

De ce fait selon la Haute Cour : « l'illicéité d'un moyen de preuve doit entraîner son rejet des débats »²³⁷.

Les rapports de filature peuvent constituer un **commencement de preuve**²³⁸.

Le salarié ne peut se servir de l'illicéité de ce mode de preuve tant que son contrat de travail n'est pas rompu. En effet, l'argument ne peut être retenu quand les faits invoqués du salarié ont été connus après qu'il ait pris acte de rupture de son contrat²³⁹.

La filature est licite lorsqu'elle a été réalisée par un salarié interne à l'entreprise et « missionné » à cet effet par l'employeur, il n'était pas nécessaire d'informer au préalable le salarié en question.

La Cour d'appel a décidé que ces rapports étaient licites, car ils n'ont pas eu lieu jusqu'au domicile du salarié et n'ont donc pas porté atteinte à sa vie privée.

La Cour de cassation se range du côté de la Cour d'appel²⁴⁰.

Les juridictions civiles françaises et européennes acceptent les modes de preuves produites par filature²⁴¹.

Ces décisions pourraient – elles faire naître une évolution au niveau des juridictions sociales ?

²³⁵ Cass. soc., 23 nov. 2005, no 03-41.401

²³⁶ Cass. soc., 26 nov. 2002, no 00-42.401

²³⁷ Cass. soc., 4 févr. 1998, no 95-43.421

²³⁸ Cass. soc., 7 févr. 1991, no 89-40.816

²³⁹ Cass. soc., 9 oct. 2013, no 11-24.457

²⁴⁰ Cass. soc., 5 nov. 2014, no 13-18.427 P ; Dr. soc., 01/2015, obs. D. Boulmier

²⁴¹ Cass. 1^{ère} civ., 31 oct. 2012, no 11-17.476 ; voir dans le même sens Cass. 1^{re} civ., 10 sept. 2014, no 13-22.612 ; CEDH, 27 mai 2014, req. no 10764/09, De la Flor Cabrera c. Espagne ; CE, 16 juill. 2014, no 355201

Qu'en est-il de l'exercice du contrôle des documents et correspondances du salarié par l'employeur et sa direction (§2) ?

§ 2 : Le contrôle des documents et correspondances du salarié

284 Nous faisons face à un conflit d'intérêt entre : le droit de l'employeur d'avoir accès aux informations contenues dans les outils professionnels et le respect de la vie privée du salarié.

D'autant plus qu'il faut assurer la protection de la liberté du salarié au travail, à l'instar du droit légitime de l'employeur de s'assurer de la bonne marche de l'entreprise²⁴².

Nous allons voir l'étude réalisée par la jurisprudence, ainsi que son évolution, au niveau de cette conciliation difficile à obtenir.

Le salarié « conserve » une sphère de vie privée ainsi que le bénéfice du principe du secret des correspondances²⁴³.

Il a été difficile (A) d'élaborer le système de contrôle des documents et correspondances du salarié (B), alliant pouvoir de l'employeur et protection de la vie privée du salarié.

A. La difficile élaboration du système de contrôle des documents et correspondances du salarié

285 Il est nécessaire d'étudier en premier lieu, la remise en cause du secret des correspondances.

En effet, le secret des correspondances a été proclamé à travers le fameux arrêt NIKON, arrêt de principe²⁴⁴.

En l'espèce, Monsieur Onof, salarié de la société NIKON, soupçonné d'être à l'origine d'actes de concurrence déloyale, a vu sa messagerie personnelle et un fichier nommé « *personnel* » contrôlés par son employeur.

²⁴² Au sujet de la sécurité du réseau informatique de l'entreprise, V. F. Bitan, Fasc. n° 4740, JCl. Communication, n° 98

²⁴³ A. Lepage, La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail : Dr. soc. 2006, p. 364

²⁴⁴ Cass. soc., 2 oct. 2001, SA Nikon France c/ Onof : Jurisdata n° 2001-011137 ; Bull. civ. 2001, V, n° 291

La chambre sociale de la Cour de cassation a condamné l'employeur en question pour ces faits et le licenciement du salarié a été annulé.

Elle précise dans son attendu de principe que *« le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; celle-ci implique, en particulier, le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut, dès lors, sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur »*.

Cet arrêt, en se basant sur le visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 9 du Code civil et l'article L 1121-1 du Code du travail proclame le respect de la vie privée du salarié en entreprise, celle-ci ne devant pas s'effacer face à une vie professionnelle imposante.

La Cour de cassation n'opère pas encore de distinction entre correspondance privée et correspondance professionnelle.

De plus, il faut savoir que même si la Cour de cassation a proclamé le respect de la vie privée du salarié en entreprise, l'employeur peut interdire à ses salariés (ou à certains d'entre eux) l'utilisation des courriers électroniques à titre personnel, mais uniquement s'il peut démontrer qu'une telle restriction est justifiée par la nature de la tâche qu'ils ont à accomplir et est proportionnée au but recherché.

En effet, les salariés ne doivent se servir de leur messagerie personnelle que dans certaines limites et sans porter atteinte à la « sécurité informatique » de l'entreprise.

286 Nous allons souligner en second lieu qu'une évolution jurisprudentielle au niveau de la difficulté concernant la distinction « courriels personnels » / « courriels professionnels » a été élaborée.

De ce fait, le sénat a proposé une définition du courriel professionnel le 13 juin 2006, comme celui *« dont le titre ou le nom du répertoire dans lequel il est archivé, est relatif à l'organisation, au fonctionnement ou aux activités de l'entreprise, l'administration ou l'organisme ou le destinataire du courrier »*, qui n'a pas été retenue car considérée comme trop restreinte par rapport à la réalité des faits.

Des auteurs ont tenté de donner des définitions comme Madame Mole qui estimait que « *toute mention portée dans l'objet d'un e-mail, selon laquelle celui-ci est personnel, interdit à l'employeur de prendre connaissance de son contenu* »²⁴⁵.

Les Professeurs Brézin et Benalcazar renforçaient cette thèse en précisant « lorsqu'un message comporte un signe distinctif de son caractère privé, son ouverture et a fortiori la lecture de son contenu font tomber l'employeur sous le coup de l'article 226-15 du Code pénal »²⁴⁶.

Une jurisprudence de 2008 a précisé d'ailleurs que sont considérés comme professionnels les messages électroniques de salarié à salarié car l'employeur était « *propriétaire du nom de domaine* » et « *disposait d'ordinateurs avec serveurs pour les messageries* ».

287 La Cour de cassation s'est enfin prononcée :

Elle commence par établir une présomption de « *professionnalité* » des fichiers détenus par le salarié sur l'ordinateur mis à sa disposition par l'employeur²⁴⁷.

Les juges rajoutent que « *les dossiers et fichiers (ou documents) créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors de sa présence* ».

Puis la Cour a réitéré cette position par plusieurs arrêts²⁴⁸.

La même présomption a été reconnue concernant les courriers électroniques du salarié.

En effet, un arrêt du 15 décembre 2010 précise que « *les courriers adressés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel en sorte que l'employeur est en droit*

²⁴⁵ A. Mole, Mails personnels et responsabilités, quelles frontières ? : Rev. dr. soc. 2002, n° 1, p. 84

²⁴⁶ S. Brézin et I. de Benalcazar, L'application du principe du secret de la correspondance aux courriers électroniques reçus ou émis à l'aide d'un outil informatique à usage professionnel : TPS 2002, chron. 1

²⁴⁷ Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-45.025, Le Fur c/ SARL Techni-Soft : JurisData n° 2006-035418. – Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-47.400, Alazard c/ SARL Jalma Emploi et protection sociale : JurisData n° 2006-035412 ; Bull. civ. 2006, V, n° 308. – A. Lepage, « Accès de l'employeur à des documents détenus par le salarié sur son ordinateur professionnel ou dans son bureau de l'entreprise » : Comm. com. électr. 2007, comm. 61, : « A. Saint-Martin, Une présomption de "professionnalité" des messages électroniques du salarié ? » : RLDI mai 2007/27, n° 899

²⁴⁸ Cass. soc., 15 déc. 2009, n° 07-44.264, Buzon c/ SCP Giraud et Migot : JurisData n° 2009-050802 ; JCP S 2010, 1172, B. Bossu ; Cass. soc., 21 oct. 2009, n° 07-43.877, Sté Seit Hydr'Eau c/ Martin : JurisData n° 2009-049999 ; Comm. com. électr. 2010, comm. 9, É. A. Caprioli ; RLDI nov. 2009/54, n° 1797 ; JCP S 2010, 1026, B. Bossu

de les ouvrir hors la présence de l'intéressé, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels »²⁴⁹.

La présomption de professionnalité instaurée permet de distinguer les fichiers et courriels personnels et professionnels.

L'avènement de cette solution répond à notre souci de conciliation des intérêts employeur/salarié, à savoir la nécessité pour l'employeur de contrôler l'activité de ses salariés tout en respectant la vie privée du salarié.

Il est nécessaire que l'objectif de cette conciliation n'est pas une priorité en droit américain.

En effet, à travers le « e-discovery », les salariés se doivent de communiquer l'ensemble du disque dur ainsi que les copies des messages électroniques sans distinction, car ils considèrent l'ensemble de ces fichiers comme des « business documents ». Il s'agit d'un droit pour l'employeur d'y avoir accès²⁵⁰.

Cela montre que le droit français cherche à protéger au maximum les droits et libertés des individus, contrairement aux Etats-Unis où règne une politique favorisant la liberté de l'employeur (c'est-à-dire la liberté d'entreprendre, du commerce et de l'industrie).

288 Lorsque l'employeur ouvre une correspondance en sachant qu'elle était privée, il est de mauvaise foi et dans ce cas il y a une atteinte directe au secret des correspondances²⁵¹.

Même si le courriel est transmis ou reçu sur le lieu de travail. C'est la raison pour laquelle les professeurs Devèze et Vivant à travers leur expression : « *Secret : oui. Mais secret : jusqu'où ?* » montrent que le principe du secret des correspondances du salarié se trouve limité là où les intérêts légitimes de l'employeur commencent²⁵².

Il est nécessaire de tenir compte dans ces intérêts : celui de l'entreprise mais aussi le pouvoir de contrôle de l'employeur qui découle directement de son pouvoir disciplinaire²⁵³.

²⁴⁹ Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.486 : RLDI janv. 2011/67, n° 2203

²⁵⁰ O. Proust et C. Burton, Le conflit de droits entre les règles américaines de e-discovery et le droit européen de la protection des données à caractère personnel... entre le marteau et l'enclume : RLDI févr. 2009/46, n° 1531

²⁵¹ Cass. crim., 26 janv. 1981 : Bull. crim. 1981, n° 35 ; JCP G 1982, II, 19879, note W. Jeandidier

²⁵² J. Devèze et M. Vivant, Courrier électronique professionnel et secret : Où l'oubli du "flexible droit" conduit à un déni de droit : Comm. com. électr. 2001, chron. 1

²⁵³ Cass. soc., 20 nov. 1991, n° 88-43.120 : D. 1992, jurispr. p. 73, note Y. Chauvy. – Cass. soc., 14 mars 2000, n° 98-42.090 : JurisData n° 2000-000980 ; Bull. civ. 2000, V, n° 101 ; Gaz. Pal. 2000, 2, jurispr. p. 1988, note J. Bérenguer-Guillon et L. Guignot. – Cass. soc., 15 mai 2001, n° 99-42.937 : JurisData n° 2001-009569 ; D. 2001, p. 3015, note T. Aubert-Monpeyssen. – Cass. soc., 15 mai 2002, n° 00-42.885 : JurisData n° 2002-014531 ; JSL 13 juin 2002, n° 3, p. 25

Tout d'abord, **la sécurité du réseau informatique** (à travers les risques de virus ou d'espionnage) peut être en cause. « *La nécessaire préservation* » dudit réseau peut justifier une atteinte à ce principe²⁵⁴.

Les entreprises sont les premières victimes du piratage, celui-ci peut provenir de « pirates » extérieurs ou même de salariés ou d'anciens salariés de l'entreprise²⁵⁵.

En effet, une étude biannuelle de 2011 réalisé par le Club de la Sécurité de l'Information Français (CLUSIF) révèle que « *quarante pourcent (40%) des entreprises sondées disent avoir été infectées par des virus* »²⁵⁶.

289 De plus, la responsabilité de l'employeur peut être mise en jeu, à ce titre le secret des correspondances peut être atteint.

Une étude plus ancienne cette fois ci a révélé que le cyber délinquant est dans 70 % des cas un salarié ou un ancien salarié²⁵⁷.

La responsabilité civile ou pénale de l'employeur risque d'être encourue du fait de ses salariés.

L'Avocat général à la Cour de cassation précisait que « s'il est certain qu'en vertu de son pouvoir de direction, l'employeur a le droit de contrôler et surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail (...), ce droit peut même d'ailleurs se transformer en devoir, eu égard aux règles de la responsabilité civile du commettant, et de la responsabilité pénale de l'entreprise »²⁵⁸.

290 Quant à la responsabilité civile de l'employeur, celle-ci trouve son fondement dans l'article 1384 alinéa 5 du Code civil précisant que la responsabilité civile de l'employeur (commettant) peut être engagée pour des faits (civils ou pénaux) commis par le salarié (préposé).

L'exonération du commettant résulte d'une difficile démonstration reposant sur trois points.

En effet, le salarié doit avoir accompli l'acte litigieux hors de ses fonctions, sans autorisation et à des fins étrangères aux attributions conférées.

²⁵⁴ Ch. Baudoin, Cybersurveillance des salariés et sécurité juridique : Cah. Lamy droit de l'informatique et des réseaux, oct. 2002, n° 151, p. 16. – G. Picovschi, La sécurité sur le Web : Legal Biznext mars 2003, n° 13, p. 3. – V. Roques, La sécurité des données d'entreprise en réseau : Mémoire de DEA Informatique et Droit, Montpellier I, 2002, ss dir. Jean Frayssinet ; ERID@sc.univ-montpl.fr

²⁵⁵ F. Hastings, Faute d'assurance, les entreprises restent exposées à la cybercriminalité : La Tribune, 7 janv. 2003, p. 16

²⁵⁶ Etude de 2011 accessible sur le site Internet www.clusif.asso.fr

²⁵⁷ L. Moatti-Neuer, Cybercriminalité : infractions en vrac : Les Echos.net, 10 juin 2002, p. 14

²⁵⁸ Concl. av. gén., S. Kehrig, sur arrêt Nikon, 2 oct. 2001, préc. n° 76

Dans l'affaire Escota où un salarié avait réalisé des actes de contrefaçon depuis son poste de travail, l'employeur n'a pas réussi à réaliser cette démonstration, car il « n'avait pas interdit toute utilisation de l'outil informatique pour des besoins étrangers au service »²⁵⁹.

291 De plus, au sujet de sa responsabilité pénale, celle-ci est plus difficile à prouver car il n'existe pas de principe général de responsabilité pénale du fait d'autrui.

Une évolution jurisprudentielle concernant la distinction entre les messages personnels et messages professionnels a été mise en place :

Un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 1^{er} juillet 2003, précise qu' « *un message doit être considéré comme personnel lorsqu'il n'est pas diffusé sur l'ensemble des postes informatiques de l'entreprise, qu'il est individualisé et qu'il n'est émis et reçu que sur le poste du salarié* »²⁶⁰.

Il s'agit d'une large interprétation à laquelle de nombreux messages professionnels peuvent y répondre.

Il faut savoir qu'un employeur qui ouvre un fichier non identifié comme personnel et qui est un personnel ne commet pas d'erreur, ce contrôle est licite mais

292 Peut – il sanctionner un salarié en se fondant sur le contenu d'un message relevant de la vie privée du salarié ?

La jurisprudence a répondu à cette question en deux points.

Tout d'abord pour sanctionner un salarié sur ce motif, il faut :

- que la correspondance privée en question ait une **répercussion sur le fonctionnement de l'entreprise**, et
- que ladite correspondance constitue un **manquement du salarié à une obligation découlant de son contrat de travail**.

La Cour de cassation s'est prononcée dans un arrêt où un salarié avait reçu sur son lieu de travail un magazine sur le thème des « *couples échangistes* » dans une enveloppe où étaient précisés son nom, sa fonction et l'adresse de l'entreprise.

²⁵⁹ TGI Marseille, 11 juin 2003, SA Escota c/ Sté Lycos, Sté Lucent Technologies et Mr Nicolas Breil, n° 01/00390 : JurisData n° 2003-231616 ; Expertises 2003, p. 351 ; www.foruminternet.org

²⁶⁰ CA Bordeaux, 1er juill. 2003, n° 01/01847, Sté Cegelec Sud Ouest c/ Le Blanc : JurisData n° 2003-220021 ; RJS 2003, n° 1254

L'employeur a licencié ce salarié pour faute grave.

La Haute Cour a annulé cette sanction en précisant : *« qu'un trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise ne permet pas en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est survenu, d'autre part, que la réception par le salarié d'une revue qu'il s'est fait adresser sur le lieu de son travail ne constitue pas un manquement aux obligations résultant de son contrat, et enfin, que l'employeur ne pouvait, sans méconnaître le respect dû à la vie privée du salarié, se fonder sur le contenu d'une correspondance privée pour sanctionner son destinataire »* ²⁶¹.

293 De plus, la jurisprudence réalise une différence entre les messages reçus par le salarié et les messages envoyés par le salarié.

Elle ne considérerait pas comme responsable un salarié qui reçoit un message (acte d'abstention), sauf s'il l'enregistre sur son disque dur.

Cette analyse ressort d'un arrêt où un salarié en échangeant des courriels avec un autre salarié avait reçu des photos érotiques, sans les enregistrer sur son poste de travail ;

La Cour de cassation précise que « les messages d'ordre privé échangés par le salarié avec une collègue de l'entreprise étaient pour la plupart à l'initiative de celle-ci, notamment celui contenant en pièce jointe non identifiée des photos érotiques »²⁶².

294 Au sujet d'un salarié ayant dénigré son employeur sur un message électronique, Il est nécessaire de se référer à un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 15 décembre 2009 où un salarié avait été licencié pour faute grave car l'employeur avait découvert sur son ordinateur des fichiers contenant des courriers dénigrant l'entreprise auprès d'organismes sociaux professionnels.

L'employeur pouvait ouvrir les fichiers en question car ils étaient nommés « *essais divers, essais B, essais divers restaurés* » donc n'identifiant aucun caractère personnel.

La Cour de cassation précise que « *les correspondances adressées au président de la chambre des notaires, à la caisse de retraite et de prévoyance et à l'Urssaf pour dénoncer le comportement de l'employeur dans la gestion de l'étude ne revêtaient pas un caractère privé et pouvaient être retenues au soutien d'une procédure disciplinaire* ».

²⁶¹ Cass. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, P+B+R+I : JurisData n° 2007-038898 ; JCP G 2007, n° 28, II, 10129, note G. Loiseau ; Comm. com. électr. 2007, comm. 98, A. Lepage ; JCP G 2007, 1538, A. Bariège et B. Bossu ; JCP G 2007, act. 256 ; JCP E 2007, 1844, C. Puigelier ; JCP E 2007, act. 271 ; D. 2007, p. 2137, note J. Mouly

²⁶² Cass. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803

Le salarié dispose de sa liberté d'expression au sein de l'entreprise, sauf s'il en abuse.

En l'espèce, la Cour de cassation a considéré que « *le salarié avait outrepassé sa liberté d'expression en jetant le discrédit sur l'étude en des termes excessifs et injurieux* »²⁶³.

Qu'en est – il du système en vigueur actuel (B) ?

B. Le système en vigueur à l'heure actuelle

295 Avant toute chose comme tout système de contrôle, l'employeur se doit d'informer ses salariés des mesures qu'il compte élaborer au sujet de l'ensemble de ces fichiers informatiques.

De plus, il doit aussi consulter le comité d'entreprise à cette fin.

Enfin, si suite à ce contrôle un traitement de base de données est établi, l'employeur se doit d'envoyer une déclaration à la CNIL, sous peine de sanctions pénales.

296 En principe, le matériel professionnel que le salarié utilise ne doit l'être à cette fin que dans un objectif professionnel et que par exception à fin personnelle.

En effet, ce qui émane d'un outil professionnel est présumé professionnel :

Le commentaire de cet arrêt au Rapport annuel précise que « comme l'a relevé le rapport de la Commission nationale de l'informatique et des libertés sur la cyber surveillance sur les lieux de travail (2004, Chap 3, p. 21 et 22), un ordinateur mis à la disposition d'un salarié ou d'un agent public dans le cadre de la relation de travail est la propriété de l'entreprise et ne peut comporter que subsidiairement des informations relevant de l'intimité de la vie privée ».

Si le critère du **support, professionnel ou personnel, des dossiers et fichiers détermine la présomption de la qualification de ces documents**, la dénomination de leur nature, professionnelle ou personnelle, est le paramètre permettant de renverser cette présomption.

La Cour de cassation a étayé sa jurisprudence concernant ces deux aspects.

Tout ce qui émane du matériel mis à disposition par l'employeur au salarié est présumé professionnel.

²⁶³ Cass. soc., 15 déc. 2009, n° 07-44.264, Buzon c/ SCP Giraud et Migot, préc. n° 104

Ce qui est le cas pour :

- les documents papiers²⁶⁴,
- les courriels provenant de l'adresse professionnelle du salarié²⁶⁵,
- les documents sur son disque dur²⁶⁶,
- ou sur sa clef USB²⁶⁷,
- les connexions internet du salarié²⁶⁸,
- ses favoris de sites internet²⁶⁹,
- les sms émis et reçus sur le téléphone professionnel

Au sujet des sms, il est logique de penser que même si le téléphone professionnel est fait pour communiquer de façon professionnelle, les salariés peuvent s'adonner à certains messages privés, tout comme pour les courriels.

Un arrêt récent du 10 février 2015 confirme ce principe pour les sms en précisant que « les sms envoyés ou reçus par le salarié au moyen du téléphone mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur est en droit de les consulter en dehors de la présence de l'intéressé sauf s'ils sont identifiés comme étant personnels »²⁷⁰.

De plus, la Cour de cassation précise que les sms présumés professionnels ne peuvent être contrôlés par l'employeur que si ce dernier justifie un motif légitime.

Maître Eric Rocheblave précise que la jurisprudence relative aux sms « est en cohérence avec celle rendue sur les emails fichiers informatiques ».

Qu'advient-il du régime des tablettes tactiles fournies par l'employeur au salarié ?

²⁶⁴ Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803 : JurisData n° 2007-038898 ; Bull. civ. 2007, ch. mixte, n° 3. - Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-12.330 : JurisData n° 2012-015857. - Cass. soc., 11 juill. 2012, n° 11-22.972

²⁶⁵ Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.486. - Cass. soc., 18 oct. 2011, n° 10-26.782 : JurisData n° 2011-022346 ; JCP S 2012, 1041. - Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-14.022 : JurisData n° 2012-014462. - Cass. soc., 19 juin 2013, n° 12-12.138 : JurisData n° 2013-012420 ; Comm. com. électr. 2013, comm. 110 ; Bull. civ. 2013, V, n° 158

²⁶⁶ Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017 : JurisData n° 2005-028449 ; Bull. civ. 2005, V, n° 165 ; Comm. com. électr. 2005, comm. 121, obs. A. Lepage ; JCP S 2005, 1031, note F. Favennec-Héry ; Dr. soc. 2005, p. 789, note J.-E. Ray

²⁶⁷ Cass. soc., 12 févr. 2013, n° 11-28.649 : JurisData n° 2013-002073 ; JCP S 2013, 1217 ; Bull. civ. 2013, V, n° 34 ; RDT 2013, 339, obs. N. Nord-Wagner

²⁶⁸ Cass. soc., 9 juill. 2008, n° 06-45.800 : JurisData n° 2008-044801 ; Comm. com. électr. 2008, comm. 128 ; Bull. civ. 2008, V, n° 150 ; Dr. soc. 2008, 1082, note J.-E. Ray

²⁶⁹ Cass. soc., 9 févr. 2010, n° 08-45.253 : JurisData n° 2010-051747 ; JCP S 2010, 1243. - Adde A. Barège et B. Bossu, Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié : JCP S 2013, 1393

²⁷⁰ Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-14.779, Sté GFI Securities Limited c/ Sté Newedge Group : JurisData n° 2015-002342 ; Comm. com. électr. 2015, comm. 38, Éric A. Caprioli ;

297 La présomption de caractère professionnel de ces fichiers permet à l'employeur de les consulter sans la présence du salarié :

En effet, les courriels, fichiers informatiques, sms présumés professionnels peuvent être soumis à un contrôle de l'employeur hors la présence du salarié²⁷¹.

Il peut consulter ces fichiers pour vérifier que son salarié effectue le travail qui lui a été demandé mais aussi pour « s'assurer de la bonne marche de l'entreprise », y compris en l'absence du salarié²⁷².

L'employeur peut donc consulter les sms de son salarié sur son téléphone professionnel, sans en informer le salarié à condition que

- l'employeur ait une bonne raison de justifier cette mesure et
- que le salarié n'ait pas précisé que ledit sms était personnel.

« C'est une décision qui ne porte pas du tout atteinte à la vie privée, à partir du moment où ces conditions sont réunies, explique Maître Eric Rocheblave. L'employeur peut fouiller les outils professionnels mis à disposition de ses salariés à partir du moment où il est légitime, comme contrôler les sacs à l'entrée du bâtiment dans le cadre de mesures de sécurité.

Pour le reste, il doit disposer d'indices qui justifient que le salarié a porté à son atteinte (insultes, viol de clause de confidentialité...) ».

298 L'exception à la libre consultation des documents et communications professionnels est la suivante :

- L'élaboration de dispositions dans le règlement intérieur interdisant à l'employeur de prendre connaissance des fichiers présumés professionnels l'empêcherait de réaliser sa consultation²⁷³.

²⁷¹ Cass. soc., 16 mai 2013, n° 12-11.866 : JurisData n° 2013-009653. - Cass. soc., 12 févr. 2013, préc.

²⁷² Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-48.025 : JurisData n° 2006-035418 ; JCP S 2006, 1946 ; Bull. civ. 2006, V, n° 30 ; Comm. com. électr. 2007, comm. 61, obs. A. Lepage ; RDT 2006, 395, obs. R. de Quenaudon. - Adde J.-E. Ray, L'envers de l'arrêt Nikon : Semaine sociale Lamy, n° 1280, p. 10

²⁷³ Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-15.310 : JurisData n° 2012-014226 ; JCP E 2012, act. 459 ; Bull. civ. 2012, V, n° 196

L'un des objectifs du règlement intérieur est notamment la protection des libertés individuelles des salariés, en l'occurrence leur vie privée.

- Certaines dispositions législatives empêchent l'employeur d'accéder librement aux fichiers présumés professionnels de ses salariés, à savoir ceux relatifs au **secret bancaire** (art L 511-33 du Code monétaire et financier).

Il s'agit d'un motif légitime « dès lors que son contradicteur n'est pas le bénéficiaire du secret auquel le client n'a pas lui-même renoncé »²⁷⁴.

Le détenteur peut tout à fait renoncer à bénéficier de cette protection.

299 Nonobstant, il existe une autre exception, à savoir, l'identification de communications ou documents comme « personnels » :

En effet, l'employeur ne peut pas les consulter en principe.

Un arrêt de la chambre social de la Cour de cassation du 16 mai 2013 rappelle que « *les courriels adressés et reçus par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé, sauf si le salarié les identifie comme personnels* »²⁷⁵.

L'identification du fichier comme personnel par le salarié doit être « *dénué d'ambiguïté* », autrement dit il ne doit en aucun cas être confondu avec un fichier professionnel.

En effet, plusieurs identifications ne permettent pas de qualifier le fichier comme personnel, à savoir : les initiales du salarié²⁷⁶, son prénom sur un dossier²⁷⁷, la dénomination « *mes documents* »²⁷⁸.

La chambre sociale de la Cour de cassation précise qu' « *il faut une absence d'ambiguïté sur la classification de personnel de la correspondance ou documentation en cause* »²⁷⁹.

²⁷⁴ Cass. com., 16 janv. 2001, n° 98-11.744 : JurisData n° 2001-007769 ; Bull. civ. 2001, IV, n° 12. - Cass. com., 10 déc. 2002, n° 00-10.824 : JurisData n° 2002-016804 ; Bull. civ. 2002, IV, n° 194

²⁷⁵ Cass. soc., 16 mai 2013, n° 12-11.866 : JurisData n° 2013-009653

²⁷⁶ Cass. soc., 21 oct. 2009, n° 07-43.877 : JurisData n° 2009-049999 ; JCP S 2010, 1026 ; Bull. civ. 2009, V, n° 226 ; JCP S 2010, 1026, note B. Bossu

²⁷⁷ Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-44.840

²⁷⁸ Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-13.884 : Bull. civ. 2012, V, n° 135 ; RDT 2012. 428, obs. M. Keim-Bagot, sachant que la plupart des programmes informatiques comportent un dossier intitulé de la sorte

²⁷⁹ Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.486

De plus, la mention « *personnel* » doit correspondre à un fichier en particulier et non à un ensemble de fichiers. Comme il s'agissait dans l'arrêt du 4 juillet 2012 où un salarié avait dénommé l'ensemble de son disque dur « *personnel* », la Cour de cassation a précisé que ce procédé n'était pas possible dans le sens où il y avait forcément des fichiers professionnels dans cet ensemble²⁸⁰.

L'employeur ne peut accéder aux fichiers identifiés comme personnel qu'en présence du salarié.

Cette obligation de présence n'a pas lieu d'être en cas de risque ou d'évènement particulier²⁸¹. De plus l'employeur doit requérir le président du TGI à cette fin sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile.

A cette fin, l'employeur se doit de prouver pourquoi il suspecte son salarié.

Enfin, c'est un huissier de justice qui devra en prendre connaissance²⁸².

300 D'autre part, même si la jurisprudence ne fait pas mention dans les affaires relatives au contrôle de l'employeur sur les fichiers de son salarié, du respect de principe de **proportionnalité**, il est légitime de penser que ce dernier se doit d'être respecté avec celui de **légitimité** pour réaliser le contrôle en question²⁸³.

301 Il est de droit pour l'employeur d'avoir accès aux messages professionnels du salarié en dehors de sa présence.

Le salarié n'étant pas sur les lieux (en congés par exemple) ne peut pas entraver le droit de l'employeur d'avoir accès à ces messages.

Pour exemple, un salarié a été condamné par la justice pour avoir modifié son mot de passe avant son départ en vacances. La Cour d'appel de Besançon a estimé qu'il s'agissait d'une faute grave de sa part²⁸⁴.

²⁸⁰ Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-12.502 : JurisData n° 2012-015858 ; Comm. com. électr. 2013, comm. 10

²⁸¹ *Cass. soc., 17 mai 2005*

²⁸² Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-17.818 : JurisData n° 2007-038972 ; Bull. civ. 2007, V, n° 84 ; JCP E 2007, 2228, note J. Raynaud, étant observé que le salarié était présent. - Cass. soc., 10 juin 2008, n° 06-19.229 : JurisData n° 2008-044319 ; Bull. civ. 2008, V, n° 129 ; Comm. com. électr. 2008, comm. 128, obs. A. Lepage

²⁸³ V. A. Barège et B. Bossu, L'ordinateur et la vie privée du salarié, JCP S 2007. 1451, n° 24 et s.

²⁸⁴ CA Besançon, ch. soc., 23 mai 2006, n° 05/01275, Gastel c/ Assoc. L'Odyssée du cirque : JurisData n° 2006-303966

Cela relève de la bonne foi du salarié, qui se doit de communiquer son mot de passe à son employeur lorsqu'il est absent.

La Cour de cassation a précisé que « le salarié n'est pas dispensé de communiquer à l'employeur, qui en fait la demande, les informations détenues par lui et qui sont nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise »²⁸⁵.

302 Il est donc conseillé à un salarié qui ne souhaite pas que ses sms, courriels ou fichiers soient utilisés contre lui de préciser la mention « *personnel* » ou « *perso* ».

Un employeur pourra s'il a de solides raisons comme expliquées précédemment contrôler ces fichiers en présence (ou non : circonstances exceptionnelles) du salarié.

« Ajouter ce terme « *perso* » ne protège donc pas à cent pourcent (100%) le salarié, précise Eric Rocheblave. Il permet juste à l'employé d'empêcher l'employeur de l'utiliser contre le salarié. Une contrainte qui incitera sans doute les salariés, à préférer leur téléphone portable personnel pour envoyer des messages privés ».

En résumé l'idéal est d'envoyer ses correspondances personnelles via ses outils personnels et non professionnels.

Cette surveillance patronale devient de plus en plus légitime face à la montée des NTIC (Sous-section 2).

²⁸⁵ Cass. soc., 18 mars 2003, n° 01-41.343, Union mutuelle solidarité c/ Clain : JurisData n° 2003-018591

Sous-section 2 : La surveillance patronale légitime au regard des NTIC

303 Une étude des éditeurs de logiciels Olfeo précise que les salariés passeraient 58 % de leur temps de travail sur internet, sur des sites « *non-professionnels* », ce qui équivaut à une perte de 63 minutes par jour d'où cette envie grandissante de l'employeur de surveiller l'activité de leurs salariés mais surtout de bloquer l'accès à certains sites.

Limiter cet accès reviendrait à restreindre l'exercice de la vie privée du salarié en entreprise.

D'un côté il est légitime pour l'employeur de s'attendre à ce que son salarié exerce son travail en entreprise et ne s'adonne pas à des activités privées.

Jusqu'où l'employeur peut – il intervenir pour restreindre ou limiter l'utilisation du matériel informatique ? Quelles sont les limites à ne pas dépasser ?

L'usage du matériel professionnel du salarié se doit d'être restreint pour protéger la sécurité de l'entreprise (§1), mais aussi en vertu du principe de loyauté du salarié (§2), découlant de son contrat de travail.

§ 1 : La protection de la sécurité de l'entreprise : un usage restreint du matériel professionnel du salarié

304 Soulignons qu'internet permet aux réseaux informatiques de l'entreprise d'être reliés à de nombreux autres réseaux.

Pascal ARRIGO parle d'une « *cyber civilisation* » pouvant engendrer un phénomène de « *criminalité planétaire* ».

De nombreuses discussions ont vu le jour afin d'harmoniser la politique de lutte contre la cyber criminalité au niveau inter national.

Cependant, comme le fait remarquer Maître Pascal ARRIGO : « *l'harmonisation des législations internationales est particulièrement difficile, tant les législations des différents pays apparaissent sur certains aspects inconciliables* ».

Certains pays n'ont adopté aucune disposition spécifique relative à la cyber criminalité, alors que d'autres l'ont fait depuis un certain nombre d'années, dont la France²⁸⁶.

²⁸⁶ Loi no 88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique, J.O. du 6 janvier 1988, p. 231 (Gaz. Pal., Rec. 1988, légis. p. 74), abrogée par le nouveau code pénal.

Lesdites discussions ont débuté dans années 1990 depuis le sommet du G8 à Birmingham, mais aussi l'Union européenne ou le Conseil de l'Europe, où les pays ont constaté une différence dans la mise en œuvre des moyens de lutte contre la cyber criminalité.

Les américains préconisent d'établir un « *office central de lutte contre la cyber criminalité* » alors que l'Europe favorise une collaboration des différentes polices nationales.

305 La cybercriminalité représente les nombreuses « *infractions pénales commises à l'aide des réseaux de communication électroniques et de systèmes d'information ou contre ces réseaux et systèmes, étendues à l'ensemble des technologies de l'information et de la communication et à l'Internet, qu'elles soient spécifiques, facilitées par ces technologies ou commises au moyen de celles-ci* »²⁸⁷.

L'entreprise doit être protégée contre les atteintes des « cyber - criminels » (A), d'où l'adoption d'une « politique globale de sécurité » (B).

A. La sécurité de l'entreprise : une protection contre la cybercriminalité

306 Au préalable, il est nécessaire de citer Alain Stevens qui précise au sujet de la cybercriminalité qu' « il ne s'agit pas forcément de démasquer des collaborateurs qui perdraient trop de temps sur certains sites. Certains employeurs sont motivés par la protection industrielle ou la crainte qu'un salarié ne s'adonne à des pratiques comme le téléchargement illégal dont il pourrait être pénalement responsable ».

Notons que se connecter à plusieurs sites web peut **mettre en péril le système informatique de l'entreprise**.

En effet, toute connexion à internet constitue un risque pour l'ordinateur d'être attaqué par un « *pirate informatique* ». Un ordinateur connecté en permanence à internet est encore plus à même d'y faire face.

Certaines mesures se doivent d'être mises en place par l'employeur pour « *augmenter la sécurité des sites connectés* » et « *résoudre certains problèmes liés à l'interconnexion de réseaux privés virtuels* »²⁸⁸.

²⁸⁷ Le Lamy droit pénal des affaires 2015

²⁸⁸ Guide pratique – Le Lamy droit du numérique – 2015 L'exemple des réseaux sociaux : la cyberdélinquance et le cyberterrorisme ; Vivant Michel

Un dispositif de protection est une arme essentielle pour assurer la protection du système informatique d'une entreprise.

En effet, une « *utilisation non professionnelle du web peut avoir des répercussions négatives sur les activités de l'entreprise* »²⁸⁹.

306 Rappelons que les restrictions imposées par l'employeur à ses salariés doivent répondre au fameux principe de proportionnalité, être donc « *justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché* » (art L 1121-1 du Code du travail).

Par ailleurs, il faut savoir qu'une politique globale de sécurité en entreprise se fonde sur trois points :

- la sécurité physique/matériel des ordinateurs,
- la sécurité intérieurs/immatériel des ordinateurs avec la mise en place de logiciels spéciaux et
- la confiance que l'employeur se doit d'accorder à ses salariés.

307 L'employeur peut au préalable imposer un certain niveau de conduite informatique à ses salariés à travers le règlement intérieur, un Code de bonne conduite ou la charte informatique :

« - *Ne pas laisser ses serveurs et ordinateurs connectés et ouverts inutilement.*

- *Ne jamais mettre en marche le processeur avec une disquette insérée ;*
- *ne pas introduire de disquette ou de cédérom dont l'origine n'est pas certaine ;*
- *ne jamais ouvrir la pièce jointe d'un message électronique dont on ne connaît pas l'expéditeur ;*
- *rejeter systématiquement les fichiers à extension.exe et n'accepter qu'avec une extrême prudence les autres ;*
- *se méfier des liens de certains sites, dans lesquels de nombreuses fenêtres s'ouvrent simultanément, qui vont elles-mêmes en ouvrir d'autres ; mais aussi des fichiers qui contiennent une succession de commandes enregistrées (les macros), tels les fichiers de bureautique bien connus (Word, Excel), car ils peuvent être contaminés (de l'intérêt de ne pas les copier chez un tiers, mais d'en obtenir une licence !) ;*

²⁸⁹ <http://www.commentcamarche.net/faq/16239-reguler-l-acces-a-internet-dans-l-entreprise>

- *utiliser des mots de passe réellement secrets et qui ne soient pas trop simples ; dans une entreprise limiter strictement l'accès aux salles des serveurs et aux placards de connexion, etc »*²⁹⁰.

308 En outre, l'étude des risques informatiques de l'entreprise peut faire l'objet d'un audit.

Nous pouvons donc nous demander quels sont les risques encourus pour un système informatique non protégé.

A savoir,

- la perte de disponibilité (réseau internet, fournisseur de services internet),
- la perte d'intégrité (modification de données...)
- la perte de confidentialité (espionnage, atteintes aux données personnelles...)
- les attaques spéciales (virus, saturation, intrusion dans le système de l'utilisateur ...)²⁹¹.

La protection de l'entreprise à l'encontre de la cyber criminalité va se trouver matérialiser grâce à l'adoption d'une « politique globale de sécurité » (B).

B. La nécessaire adoption d'une « politique globale de sécurité »

309 Les entreprises prônant une « *politique globale de sécurité* » doivent de se prémunir contre les attaques informatiques à l'aide de pare-feu ou système proxy.

Les entreprises peuvent se prémunir d'un système de pare-feu ou firewall, c'est un « *système permettant de protéger un ordinateur ou un réseau d'ordinateurs des intrusions provenant d'un réseau tiers (notamment internet). Le pare-feu est un système permettant de filtrer les [nombreuses] données échangées avec le réseau, il s'agit ainsi d'une passerelle filtrante* »²⁹². Il a pris la place des systèmes de protection classiques. Ils « *peuvent être utilisés pour prévenir des accès extérieurs non sécurisés et pour protéger les systèmes internes d'accès indésirables* » (Michel VIVANT).

Il est mis en place pour empêcher le salarié de se bloquer à certains sites considérés comme dangereux ou d'autres considérés par l'employeur comme non professionnels (en particulier les réseaux sociaux).

²⁹⁰ Contrat de surveillance. Contrôle technique, gardiennage et surveillance, 15 mars 2013 (JurisClasseur Contrats – Distribution)

²⁹¹ Ibid

²⁹² <http://www.commentcamarche.net/contents/992-firewall-pare-feu#firewall-pare-feu>

310 Au sujet de l'utilisation du serveur – proxy :

Il s'agit d'un ordinateur qui sert d'intermédiaire entre l'ordinateur de l'utilisateur (et son navigateur web) et internet.

Certains employeurs le mettent en place pour « *enregistrer l'utilisation de l'accès à internet* » et « *bloquer l'accès à des sites web* ».

La première utilité de ce serveur-proxy est de protéger le système informatique de l'entreprise, en effet ces serveurs logiciels « *analysent les données entrantes, en vérifient l'authenticité et déterminent si ces données sont acceptables ou non, puis stockent ou rejettent les données en vue d'une éventuelle analyse des sources* »²⁹³.

Il faut noter que l'employeur doit mettre en place toute une « *modification du programme de sécurité* » si une révision desdites applications est nécessaire.

311 Par ailleurs, il repose sur l'employeur une obligation d'information du système de surveillance interne de ses salariés :

Quand l'employeur met en place un système qui enregistre toutes les actions du salarié individuellement, il se doit d'en « *communiquer les modalités* » à ses employés.

Ces nouveaux systèmes sont installés en plus des classiques anti-virus.

Le virus qui s'installe dans l'ordinateur peut modifier les programmes du salarié et donc du système informatique de l'entreprise.

La « *surveillance immatérielle* » réalisée à l'aide de l'anti-virus sert à empêcher l'intrusion d'un logiciel espion dans le système informatique de l'entreprise.

Une bonne politique de sécurité en entreprise se doit donc d'adopter des modèles de sécurité.

312 De plus, le fait de restreindre l'accès à internet permet d'accroître les performances de l'entreprise avec un système réseau qui fonctionne plus vite.

(« *gain de productivité, utilisation plus professionnelle d'internet : informations relatives à l'entreprise, risques d'attaques du réseau informatique atténués, connexion à internet plus fluide* »²⁹⁴).

En même temps, une peur de l'employeur face à la perte de temps du salarié en entreprise se fait sentir, via la connexion internet sur différents sites (réseaux sociaux, sites de voyage ...).

²⁹³ Ibid (Guide Lamy, Vivant Michel)

²⁹⁴ <http://www.commentcamarche.net/contents/992-firewall-pare-feu#firewall-pare-feu>

313 L'employeur peut prendre des mesures avec ses salariés afin d'établir un accord sur une politique restrictive de l'utilisation d'internet dans l'entreprise.

- employeurs et salariés peuvent s'accorder pour l'utilisation d'un temps limite d'utilisation « *extra-professionnelle* » d'internet.

Par exemple : trente minutes par jour ou deux ou trois heures par semaine.

- l'employeur peut décider avec le responsable informatique de mettre en place un filtre, afin d'interdire l'accès à certains sites ou d'empêcher le téléchargement de certains fichiers.

314 Les entreprises contenant les données les plus sensibles sont celles qui élaborent une politique de sécurité informatique des plus rigoureuses, bloquant l'accès particulièrement aux réseaux sociaux et aux sites de partages de vidéos.

Les plus petites entreprises se mettent petit à petit à adopter ces mesures de protection.

315 Certains salariés se plaignent de cette restriction concernant la connexion sur des sites personnels, en particulier les réseaux sociaux.

Stéphane, chargé de communication dans une entreprise de services technologiques considère que cette limitation est « *contre productive et infantilisante* ».

Une étude réalisée par l'éditeur d'antivirus Panda Security précise que « *près de soixante deux pourcent (62 %) des PME américaines interdisent l'accès aux réseaux sociaux, avec Facebook en tête dans une recherche de productivité* ».

Une autre étude réalisée cette fois ci par l'éditeur de solutions de filtrage Olfeo affirme que « *les employés des entreprises qu'il équipe passent en moyenne une heure trente sept (1h37) par jour sur internet, dont cinquante trois (53) minutes (cinquante neuf pourcent (59%) du temps) pour un usage personnel. La productivité chuterait de treize virgule six pourcent (13,6%)(, soit un coût de treize mille cent cinquante euros pour un cadre* ».

316 Mais d'autres études contraires précisent qu'un salarié qui a accès aux réseaux sociaux est plus productif (seize pourcent,16%) que les salariés qui en sont privés.

« *Aller sur Facebook, ça détend, c'est faire une petite pause* », précise Stéphane, un salarié.

Ce n'est pas l'avis d'Alexandre Souillé, président d'Olfeo : « *naviguer sur internet n'a pas les mêmes vertus apaisantes que sortir s'aérer pour une pause. Et si le temps moyen passé est d'une heure et demie, il y a des salariés qui sont clairement en situation d'abus, passant plus*

de cinq heures par jour sur internet sans travailler. Mais là, il y a surtout un problème de management ».

317 Que l'on soit d'accord ou pas avec cette restriction, il faut savoir que l'employeur en vertu de son pouvoir de direction, peut limiter l'accès à tous les sites qu'il souhaite.

D'autant plus que la loi HADOPI affirme que *« les entreprises doivent veiller à l'utilisation faite de leur accès internet, en particulier en matière de téléchargement »*²⁹⁵.

Même si l'employeur dispose d'un pouvoir unilatéral pour restreindre l'accès internet de ses salariés, il se doit de remplir son obligation d'information envers eux lorsqu'il met en place un système de contrôle informatique.

En effet, Maître Eric BARBRY précise que *« l'entreprise doit toujours prévenir le salarié de l'existence d'un contrôle, des mécaniques de filtrage et de toutes les données que l'employeur garde pour lui »*.

318 Le filtrage de certains sites est essentiel car l'employeur peut se retrouver responsable des actes commis par son salarié en vertu de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil.

En effet, pour Alexandre SOUILLE : *« Sans limitations, les sociétés s'exposent à des risques juridiques en cas d'activité illicite d'un salarié, comme le téléchargement illégal ou de consultation de sites pédopornographiques »*, il rajoute qu' *« Il ne faut pas se focaliser sur la productivité à tout prix, surtout quand le temps professionnel passé chez soi augmente considérablement, notamment avec les smartphones qui réceptionnent en permanence les e-mails »*.

319 Ce phénomène de filtrage tend à s'estomper face à la montée d'un nouveau phénomène nommé le *« Bring your own device »*, système qui permet au salarié d'utiliser son matériel personnel à fins professionnelles.

Nous développerons le BYOD dans les chapitres suivants.

Ce qui ne permet pas de pouvoir restreindre l'accès aux sites personnels pour les salariés.

Outre la protection de la sécurité de l'entreprise, la surveillance patronale est justifiée en vertu du respect du principe de loyauté du salarié (§2).

²⁹⁵ La loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, dite loi Hadopi ou loi création et internet

§ 2 : Le respect du principe de loyauté du salarié : une utilisation « non abusive » du matériel professionnel de l'entreprise

320 L'employeur peut avoir recours à des moyens pour savoir à quelle fréquence et à quelle quantité les salariés se connectent sur des sites internet.

Maître Eric ROCHEBLAVE précise qu' « *une entreprise peut facilement analyser les sites consultés par ses salariés de façon peu intrusive* ».

Il y a d'une part les serveurs « *proxy* » qui peuvent « *collecter des statistiques générales* »²⁹⁶.

Grâce à ce système la direction aura un « *historique global des sites consultés* » mais ce dernier prendra en compte l'ensemble des postes informatiques.

De plus, ces prestations peuvent être exécutées par des éditeurs de logiciels anti-virus.

Pour ce faire, l'employeur se doit d'informer et de consulter le comité d'entreprise mais aussi de demander une autorisation à la CNIL en prouvant que ces procédés sont justifiés par un « *intérêt légitime* ».

Le respect du principe de loyauté du salarié se trouve matérialisé en premier lieu par l'instauration du principe de l'utilisation raisonnable du matériel professionnel (A), mais aussi par la caractérisation de la notion d'usage abusif du matériel professionnel (B).

A. Le principe de l'utilisation raisonnable

321 Nous pouvons nous demander en premier lieu ce qu'il en est de l'usage du téléphone portable personnel sur le lieu de travail.

L'employeur peut-il en restreindre l'utilisation ?

322 Afin d'y répondre, reprenons le principe de proportionnalité. L'application de ce dernier, situé à l'article L 1121-1 du Code du travail, l'employeur ne peut pas limiter strictement et en général l'usage du téléphone portable personnel sur le lieu et pendant les horaires de travail.

« *L'usage du téléphone de l'entreprise à des fins personnelles est toléré* »²⁹⁷.

²⁹⁶ Bruno CRACCO, consultant en informatique et innovation chez Bengs

²⁹⁷ Cass. soc., 1er févr. 2011, no 09-42.786

323 En effet, une utilisation abusive du téléphone portable peut constituer une faute justifiant un licenciement du salarié.

Seuls des raisons de sécurité ou de « *perturbations d'appareils électroniques* » peuvent justifier une telle restriction.

Cependant, l'employeur peut restreindre avec parcimonie l'utilisation du téléphone portable dans l'entreprise en cas de « *trouble à la bonne exécution des fonctions du salarié* » (hôte ou hôtesse d'entreprise, salariés en contact direct avec la clientèle).

Un usage **tempéré** et **raisonnable** du téléphone portable du salarié en entreprise est donc permis.

Le terme raisonnable fait l'objet d'une casuistique.

L'usage du téléphone portable ne doit pas non plus déranger les autres salariés de l'entreprise. En effet, la Cour administrative d'appel de Versailles a considéré comme excessif le comportement d'un salarié qui mettait de la musique en haut parleur via son téléphone portable en open-space, étant donné que cela entraînait un trouble dans l'entreprise²⁹⁸.

Est constitutif d'un usage abusif, le salarié qui « *utilise le téléphone de l'entreprise pour passer des communications à l'étranger* »²⁹⁹.

Constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement, un salarié qui utilise son téléphone professionnel pour établir des communications avec des messageries de rencontre entre adultes, alors qu'il savait que cet usage était interdit dans l'entreprise³⁰⁰.

324 Il est nécessaire d'approfondir en second lieu, l'utilisation non professionnelle du matériel informatique et de la connexion internet.

Un salarié qui utilise le matériel de l'entreprise à des fins personnelles ne commet pas de faute.

Elle le devient si celui-ci en fait un usage abusif.

La CNIL précise qu'« *une interdiction générale et absolue de toute utilisation d'Internet à des fins autres que professionnelles ne paraît pas réaliste dans une société de l'information et de la communication, et semble de plus disproportionnée au regard des textes applicables et de leur interprétation par la jurisprudence* »³⁰¹.

²⁹⁸ CAA Versailles, 18 octobre 2011

²⁹⁹ Cass. soc., 7 mars 1995, no 93-43.338

³⁰⁰ Cass. soc., 29 janv. 2008, no 06-45.279

³⁰¹ Guide pratique pour les employeurs, p.11

De plus, elle rajoute qu' « *un usage raisonnable, non susceptible d'amoinrir les conditions d'accès professionnel au réseau ne mettant pas en cause la productivité est généralement et socialement admis par la plupart des entreprises ou administrations* »³⁰².

Le matériel informatique est en principe fourni au salarié pour un usage professionnel.

Cela n'empêche pas qu'il puisse en faire un usage personnel si cela est réalisé dans les limites du raisonnable.

En effet, Sophie MARCAIRE-SOYKURT précise qu' « *une tolérance est toutefois admise à l'égard d'une utilisation non professionnelle du matériel et de la connexion Internet, dès lors qu'elle demeure raisonnable* », et rajoute que « *c'est au travers de la jurisprudence tant administrative que judiciaire que se dessinent les contours de l'utilisation qui peut en être faite à titre privé* ».

325 En outre, une récente étude Robert Half³⁰³ précise que quarante quatre pourcent (44%) des employeurs admettent que leurs salariés passent trente minutes de leur journée de travail à vaquer à leurs occupations personnelles (qu'il s'agisse de la prise de divers rendez-vous chez le médecin, ou d'appels envers la nounou...) ³⁰⁴.

Les employeurs craignent une baisse de la productivité de leurs salariés lorsqu'ils s'adonnent à des activités personnelles via les NTIC.

De ce fait, le cabinet Robert Half a réalisé une étude en se renseignant auprès d'employeurs afin de connaître leur « *seuil de tolérance* » à ce sujet :

- quarante quatre pourcent (44%) des employeurs admettent une utilisation de 16 à 30 minutes d'activité personnelle sur la journée de travail ;
- quarante deux pourcent (42%) tolèrent six à quinze minutes par jour,
- huit pourcent (8%) n'octroie qu'une à six minute par jour,
- enfin, six pourcent (6%) d'entre eux déclarent faire l'objet d'une « *tolérance zéro* ».

Ce principe de l'utilisation raisonnable du matériel de l'entreprise sera mis en place par la caractérisation de la notion d'usage abusif du matériel professionnel (B).

³⁰² Guide pratique pour les employeurs, p.11

³⁰³ Enquête exclusive réalisée par un institut de sondage indépendant pour Robert Half auprès de 100 DSI en France en décembre 2014

³⁰⁴ <http://madame.lefigaro.fr/societe/au-travail-vous-disposez-entre-16-et-30-minutes-pour-gerer-vos-affaires-privees-070915-98038#xtor=AL-155-> article dans Le Figaro

B. La caractérisation de l'usage abusif du matériel professionnel

326 Tout d'abord, il est nécessaire d'approfondir la notion d' « abus ».

La législation ne donne pas de définition de ce terme, c'est la jurisprudence qui à travers de nombreux arrêts en donne les critères.

*« Les abus tiennent de la **fréquence d'utilisation (quantité)** ou encore à l'**usage inapproprié ou illicite de l'outil informatique (qualité)** ».*

327 Une étude qualitative et / ou quantitative de l'abus par les juges :

La jurisprudence a précisé qu'une salariée qui écrivait jusqu'à vingt messages personnels par jour révélait un abus dans l'utilisation du matériel informatique à titre personnel.

En effet, selon le juge judiciaire *« une salariée écrivant jusqu'à vingt messages personnels par jour, démontre une démotivation croissante pour son travail, et utilise de façon abusive la messagerie professionnelle à des fins personnelles »*³⁰⁵.

Un salarié réalise un usage abusif lorsqu'il stock sur le disque dur partagé avec ses collègues un « volume important de fichier personnel »³⁰⁶.

D'autre part, un employeur qui a des doutes sur l'utilisation d'internet de la part de son salarié peut réaliser une enquête afin d'établir si les connexions en question sont abusives ou non³⁰⁷.

Pour justifier un licenciement de la part du salarié, il est nécessaire que l'utilisation du matériel informatique engendre un manquement dans le contrat de travail du salarié.

Une connexion abusive d'internet au travail est susceptible de justifier un licenciement pour faute grave. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé que *« le salarié utilisant la connexion Internet de l'entreprise, à des fins non professionnelles, pour une durée totale d'environ 41 heures sur un mois, commet une faute grave justifiant son licenciement »*³⁰⁸.

328 La seule conservation de documents à caractère pornographique sur l'ordinateur professionnel du salarié ne constitue pas en soi une cause de licenciement.

³⁰⁵ CA Rennes, ch. prud'h., 4 avr. 2000 : JurisData n° 2000-150780

³⁰⁶ CA Poitiers, 25 mars 2008, no 06-760, Le Maguet-Adam c/ SFR Cegetel

³⁰⁷ Cass. soc., 9 juil. 2008, no 06-45.800

³⁰⁸ Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-44.247 : JurisData n° 2009-048024

Il est nécessaire qu'un usage abusif de ces documents soit constaté, affectant le travail du salarié, et de ce fait constitue un manquement aux obligations résultant du contrat afin de caractériser un licenciement³⁰⁹.

De même lorsque le salarié reçoit simplement dans sa boîte mail des images à caractère pornographiques, n'ayant pas été enregistrées sur le disque dur de l'ordinateur et qu'il a été constaté qu'il n'avait pas demandé à recevoir lesdites photos³¹⁰.

Lorsque le salarié porte atteinte à l'image de l'employeur en diffusant lesdites photos pornographiques, en l'espèce celles-ci ont été diffusées à des clients de l'entreprise depuis l'adresse électronique de la société, un abus est caractérisé justifiant le licenciement du salarié³¹¹.

A contrario, lorsque les images « *présentent un caractère délictueux* » comme des photos pédophiles, leur simple stockage constitue un abus et est donc une cause de licenciement³¹².

Constitue une circonstance aggravante pour le salarié le fait qu'il ait agi alors que des dispositions du règlement intérieur ou de la charte informatique l'interdisaient³¹³.

La quantité de temps passé sur les sites personnels ou la quantité de fichiers personnels stockés permet de constituer un abus de la part du salarié.

Un salarié ayant passé plusieurs heures de son temps de travail sur des sites pornographiques ou de rencontres commet une faute grave justifiant un licenciement³¹⁴.

De même pour un salarié ayant stocké des fichiers à caractère pornographiques sur l'ordinateur de l'entreprise représentant plus de 500 000 000 d'octets.

Les juges du fond ont donc déduit que le salarié a « consacré une part importante de son temps de travail à l'enregistrement des fichiers »³¹⁵.

De même pour un salarié qui s'est connecté plus de 10 000 fois sur des sites extra-professionnels en moins d'un mois³¹⁶.

La connexion quotidienne sur des sites personnels constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement³¹⁷.

³⁰⁹ Cass. soc., 8 déc. 2009, no 08-42.097

³¹⁰ Cass. soc., 14 avr. 2010, no 08-43.258

³¹¹ Cass. soc., 22 oct. 2008, no 07-42.654

³¹² Cass. soc., 15 déc. 2010, no 09-42.691

³¹³ Cass. soc., 22 oct. 2008, no 07-42.654

³¹⁴ Cass. soc., 21 sept. 2011, no 10-14.869

³¹⁵ Cass. soc., 16 mai 2007, no 05-43.455

³¹⁶ Cass. soc., 26 févr. 2013, no 11-27.372

³¹⁷ CA Pau, ch. soc, 13 juin 2013, no 11-02759

Après l'activité du salarié, il est nécessaire d'établir le pouvoir de l'employeur sur la personne même du salarié (Section 2).

Section 2 : Le pouvoir de l'employeur (ou la direction) sur la personne même du salarié

Le pouvoir de contrôle de l'employeur sur la personne même du salarié a lieu pendant le temps de travail (Sous-section 1), mais il peut aussi être prolongé hors du temps de travail (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Un pouvoir de contrôle de l'employeur pendant le temps de travail

329 La question de la compatibilité des contrôles en particulier de l'alcootest avec les libertés fondamentales s'est posée dès les années quatre-vingt.

C'est à travers l'arrêt Peinture Corona³¹⁸ que le Conseil d'Etat s'est exprimé à propos d'une clause du règlement intérieur des Etablissements Peinture Corona.

Cette dernière stipulait que « *la direction pouvait soumettre les salariés à l'épreuve de l'alcootest et que le refus de se soumettre à cette mesure valait refus d'obéissance et reconnaissance implicite de l'état d'ébriété* ». Le Conseil d'Etat a estimé « *... que lorsque le chef d'entreprise exerce les pouvoirs qui lui sont reconnus par ces dispositions, pour assurer l'hygiène et la sécurité sur les lieux du travail, il ne peut apporter aux droits de la personne que les restrictions qui sont nécessaires pour atteindre le but recherché...* ».

A travers cet attendu le Conseil d'Etat apparaît comme un fervent **protecteur des droits et libertés de la personne**, en l'occurrence du **salarié**.

Le commissaire du gouvernement Alain BACQUET précise en outre que les mesures prises par la direction de l'entreprise ne peuvent « *comporter, en principe, d'atteintes (...) aux droits de la personne, car l'organisation d'une entreprise privée, telle qu'en décide l'employeur, n'est pas d'ordre public* ».

330 Sous l'impulsion de cet arrêt, la loi du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, « a réglementé le contenu du règlement intérieur, les modalités d'application de celui-ci et limité le pouvoir disciplinaire et réglementaire de l'employeur ».

³¹⁸ Cons. d'Etat. 1^{er} février 1980 : Droit social 1980 p. 317

D'où l'article L 1121-1 du Code du travail précisant que le règlement *intérieur* « *ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives, des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché...* ».

331 De ce fait, l'employeur à travers son pouvoir de direction peut imposer des mesures de contrôle telles que les fouilles, alcootest ou drogue test. Ces mesures en ce qu'elles portent atteintes à la liberté individuelle de la vie privée ne font pas l'unanimité au sein de la doctrine mais elles peuvent s'avérer utiles dans certains cas. En effet, le rapporteur devant l'Assemblée nationale précisait que « *la notion de proportionnalité au but recherché vise précisément un certain nombre d'habitudes dans les entreprises. Je pense essentiellement aux fouilles et à l'alcootest qui sont en complète contradiction avec les droits et libertés des personnes. Mais là encore, dans certains cas, elles sont nécessaires...* »³¹⁹.

De plus, les mesures de contrôle du salarié (fouilles et tests) n'étant pas interdites par la loi, cette dernière préconise les juges (administratif et judiciaire) à « *exercer un véritable contrôle sur ces mesures* ».

332 Nous pouvons nous demander légitimement dans quels cas l'employeur peut porter atteinte aux libertés individuelles du salarié, mais aussi quelles sont les limites à ne pas dépasser ?

Nous retrouvons le leitmotiv du principe de proportionnalité, à savoir l'admission de restrictions que si « la nature de la tâche à accomplir » le justifie et si c'est « proportionné au but recherché ».

Selon la Cour de cassation, il est nécessaire d'élaborer un : « *Dosage habituel entre préservation des libertés individuelles et nécessité de protection de la santé et la sécurité dans et hors de l'entreprise* ».

La prise de drogue au travail peut provenir d'un salarié ayant du mal à gérer sa vie professionnelle avec sa vie privée.

Une meilleure gestion permettrait-elle d'éviter ce genre de problèmes ?

Le test salivaire pose d'autant plus la question de la vie privée car un salarié qui se drogue dans sa vie privée peut être contrôlé positif sur son lieu de travail. En effet, même si le

³¹⁹ J.O. déb. Ass. Nat.. 15 mai 1982, p. 2195 : La Semaine sociale Lamy 21 mars 1983, n°155

dépistage a révélé un résultat positif, il ne permet pas de savoir quand la personne en a consommé ni si elle est encore sous l'effet de cette consommation.

333 Quant à l'alcool, règne le principe en entreprise de l'interdiction d'introduction de boissons alcoolisées :

L'introduction ou la distribution dans l'entreprise de toutes boissons alcoolisées est interdite à l'exception du vin, de la bière, du cidre et du poiré (art R 4228-20 du Code du travail).

Un décret élaboré le 1^{er} juillet 2014 autorise l'employeur à restreindre voir interdire la consommation de boissons alcoolisées sur le lieu de travail y compris celles autorisées par le Code du travail afin de ne pas porter atteinte à la santé et à la sécurité des salariés.

Interdiction de laisser entrer ou séjourner des personnes en état d'ivresse : Toute personne possédant du pouvoir dans l'entreprise en vertu de sa position hiérarchique se doit d'interdire l'entrée dans l'entreprise de salariés en état d'ébriété (art R 4228-20 du Code du travail).

Dans quelle mesure la protection de la santé et de la sécurité des salariés peut-elle primer sur les dispositions procédurales / protectrices des libertés ?

La Cour de cassation affirme dans ce sens que : « l'existence d'un danger prime sur les considérations procédurales et protectrices de liberté ».

De ce fait, une procédure de contrôle a été élaborée afin de garantir les droits et libertés des salariés (§1), celle-ci sera renforcée par l'obligation principale de sécurité de résultat de l'employeur (§2).

§ 1 : Une garantie des droits et libertés des salariés : la procédure de contrôle

334 Les procédures de contrôle du corps du salarié mais aussi de ses affaires personnelles contiennent un nombre important d'étapes à respecter afin d'éviter les contrôles abusifs décidés par la direction.

Jusqu'où l'employeur peut – il aller pour contrôler son salarié ? Quelles sont les limites à ne pas dépasser ?

Avant de détailler les étapes de la procédure protectrice des libertés du salarié (B), il est nécessaire de préciser que ce contrôle doit respecter le principe de proportionnalité (A).

A. Le leitmotiv du respect du principe de proportionnalité

335 1) Le contrôle d'alcoolémie ou alcootest

- il doit être justifié et proportionné au but recherché,
- autorisé par la Cour de cassation à condition qu'il soit justifié en fonction notamment des fonctions occupées par le salarié :

Fonctions qui sont susceptibles de faire courir un danger pour soi-même et/ou ses collègues, a fortiori pour un salarié ayant la fonction d'ouvrier routier.

- pour les postes de « sûreté ou de sécurité » : Ceux nécessitant la conduite de véhicules ou la manipulation de machines ou produits dangereux³²⁰ (conducteurs poids lourds, déménageurs, ouvriers caristes, agents de maintenance en chauffage)

336 2) Le drogue test :

- Le contrôle doit être justifié et proportionné.
- Pour les salariés occupant des postes relatifs à la « *sûreté et à la sécurité* » :
 - postes « *où une défaillance humaine ou même un simple défaut de vigilance peut entraîner des conséquences graves pour soi-même ou pour autrui* » et
 - des postes « *nécessitant un haut degré de vigilance permanent* »³²¹.

Quels salariés pour ces contrôles ?

Salariés des postes de sûreté et de sécurité / postes à risques, c'est-à-dire des postes « où une défaillance humaine, ou même un simple défaut de vigilance peut entraîner des conséquences graves pour soi-même ou pour autrui »³²².

C'est la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance qui instaure la possibilité d'effectuer sur réquisitions du Procureur de la République des dépistages systématiques pour le personnel d'une entreprise de transport terrestre, maritime ou aérien. Pour effectuer ces tests l'employeur doit avoir des doutes avérés sur l'usage de stupéfiants de la part des salariés en question.

³²⁰ CE, 1^{er} février 1980, n° 06.361

³²¹ Avis n° 114 du CCNE du 19 mai 2011

³²² Guide pratique « Repère pour une politique de prévention des risques liés à la consommation de drogues en milieu professionnel », la documentation française.

Qu'il s'agisse du contrôle d'alcoolémie ou du drogue-test, le principe de proportionnalité de ce contrôle doit être respecté au sein du règlement intérieur.

Ce contrôle doit être effectué en fonction de la nature des fonctions exercées par le salarié, ce dernier doit avoir la possibilité de le contester³²³.

L'employeur peut prévoir pour les salariés affectés à des postes de sécurité dans leur contrat de travail la possibilité pour ces derniers d'être soumis à différents contrôles tels le contrôle d'alcoolémie ou le drogue-test.

La DGT (direction générale du travail) est contre le fait d'instaurer un contrôle systématique de dépistage de drogue, celui-ci ne répondrait pas au principe de justification et de **proportionnalité** imposé par le Code du travail.

Les contrôles en question ne peuvent être imposés qu'aux salariés occupés à des postes de sûreté et de sécurité.

337 D'autre part, nous allons remarquer que des « *Mesures exceptionnelles doivent être mises en place en cas de circonstances exceptionnelles* » :

Prenons l'exemple d'une chaîne de télévision ayant fait l'objet d'alertes à la bombe pendant une période d'attentats, celle-ci était en droit d'exiger après consultation du CE et du CHSCT et information du personnel, l'ouverture des sacs personnels des salariés devant les agents de sécurité.

Il s'agit de circonstances exceptionnelles susceptibles de justifier cette atteinte à la vie privée des salariés.

Le salarié qui refuse de s'y soumettre peut être sanctionné³²⁴.

Les dispositifs de sécurité ont été renforcés suite aux attentats de Charly Hebdo mais aussi du 13 novembre, avec le déploiement des forces militaires, l'ouverture des sacs à l'entrée de l'entreprise.

Aux Etats-Unis : les salariés passent sous des portiques avant de rentrer dans les grandes entreprises. Mesures mises en place depuis les attentats du 11 septembre 2001.

La vie privée du salarié doit passer au second plan face à des mesures de sécurité surtout s'il s'agit de protéger l'entreprise d'un attentat.

Le respect du principe de la proportionnalité se doit de passer par une stricte procédure (B).

³²³ Cass. soc., 22 mai 2002, n° 99-45.878

³²⁴ Cass. soc., 3 avril 2001, n°98-45.818

B. Le respect des étapes de la procédure :

Quelles sont les mesures de contrôles autorisées ?

Les restrictions mises en place pour élaborer ces contrôles de l'employeur portant atteinte au respect de la vie privée du salarié.

1) L'alcootest

338 Le règlement intérieur doit prévoir les conditions dans lesquelles l'employeur pourra recourir aux alcootests dans l'entreprise,

Les sanctions qui découleront d'un alcootest positif devront être précisées dans ledit règlement intérieur,

Les salariés doivent savoir qu'une disposition du règlement intérieur autorise les contrôles d'alcoolémie :

La Cour d'appel de Rennes a d'ailleurs précisé le 14 janvier 2015³²⁵ qu'un contrôle d'alcoolémie effectué sur un salarié n'ayant pas eu connaissance de l'existence de celui-ci car l'accès au règlement intérieur lui était difficile est un contrôle illicite. De ce fait, le licenciement en question ne peut plus reposer sur une faute grave.

Des garanties doivent exister pour le salarié, à savoir une possibilité d'une contre expertise pour le salarié et / ou présence d'un tiers

Ne s'agissant pas d'un acte médical, l'alcootest peut être effectué par l'employeur ou toute personne ou organisme qu'il désigne³²⁶.

L'employeur ne peut pas obliger le médecin du travail à effectuer ce test.

L'alcootest peut être réalisé avant le travail, pendant, et à la fin de la journée³²⁷.

339 Selon la Haute Cour : « Le recours à un contrôle d'alcoolémie permettant de constater l'état d'ébriété d'un salarié au travail, dès lors qu'eu égard à la nature du travail confié à ce salarié, un tel état d'ébriété est de nature à exposer les personnes ou les biens à un danger, et que les modalités de ce contrôle, prévues au règlement intérieur, en permettent la contestation » est licite.

³²⁵ Cour d'Appel de Rennes, 14 janvier 2015, n° 14/00618

³²⁶ Rép. Min. n° 1177, JO Ass. Nat., 10 novembre 1997, p. 3964

³²⁷ Cass. soc., 24 février 2004, n° 01-47.000

Ce contrôle reste licite même si celui-ci n'est pas effectué dans les locaux de l'entreprise : il faut justifier pourquoi ce contrôle n'a pas pu être effectué au sein de l'entreprise.

Certaines raisons sont acceptées par la chambre sociale de la Cour de cassation, en particulier les raisons techniques : l'éthylomètre de l'entreprise ne pouvait être utilisé car il était en révision et que les modalités de ce contrôle n'étaient pas prévues dans le règlement intérieur de l'entreprise.

2) Drogue-test

340 Tout d'abord, précisons que le règlement intérieur doit prévoir le contrôle de la consommation de drogues illicites sur le lieu de travail : politique de prévention des risques à l'égard des personnes.

Si le règlement intérieur ne prévoit pas ce contrôle et ses modalités, le test salivaire effectué est illicite et doit être retiré du dossier personnel du salarié³²⁸.

- Il n'y a pas besoin de préciser le moyen de contrôle, mais pas de test invasif tel une prise de sang.
- En cas de résultat positif : le salarié peut demander un nouveau test = contre expertise
- Le salarié doit avoir été informé préalablement qu'il fait l'objet d'un tel contrôle
- Le test peut avoir lieu avant la prise de poste, ou à la fin de la journée de travail
- La jurisprudence n'impose pas le recours au médecin du travail pour le dépistage
- Le juge admet que ce contrôle puisse être effectué par un membre de l'équipe managériale, sans la présence du corps médical
- Le règlement intérieur doit prévoir la possibilité d'assistance pour le salarié contrôlé
- Les salariés occupant des postes à risques doivent être informés du fait qu'ils peuvent être sanctionnés par un licenciement immédiat, sans préavis ni indemnités c'est-à-dire sous la forme d'un licenciement pour faute grave.
- Il existe des drogues tests facilement utilisables, analyse instantanée permettant d'identifier un consommateur de drogue : bâtonnet ou boîtier électronique réalisant une analyse automatique de la salive prélevée.

L'employeur peut estimer devoir recourir à des investigations plus poussées : tests de dépistage urinaire ou sanguins. Dans ce cas là, lesdites analyses ne pourront être réalisées que par une infirmière ou un médecin.

³²⁸ CPH Grenoble du 20 septembre 2013, RG n° 13/01736

341 Il est nécessaire ensuite de préciser qu'il existe une controverse au sujet de la personne pouvant effectuer ce test de dépistage :

Est-ce un examen biologique ne pouvant être effectué que par un membre de la profession médicale ou s'agit-il d'un simple test « à visée de dépistage » (article L 6211-3 du Code de la santé publique) pouvant être effectué par l'employeur ou un membre de la direction de l'entreprise ?

La réponse à cette question n'a pas encore été donnée, le débat reste ouvert.

Une chose est sûre c'est que les dépistages urinaire ou sanguin ne peuvent être réalisés que par un professionnel de la santé.

342 Par ailleurs, la DGT (direction générale du travail) a proposé une procédure à cet effet :

- Elle propose d'établir une liste des personnes en question et de l'annexer au règlement intérieur.

Ledit règlement intérieur devant prévoir les modalités de contrôles,

Le salarié doit avoir la possibilité de réaliser une contre-expertise

- La compétence exclusive des médecins : médecin du travail de préférence, praticien inscrit au Conseil National de l'Ordre des médecins,

Communiquer au médecin du travail

- Les tests doivent être envoyés au médecin du travail

- L'employeur ne peut pas sanctionner, les suites à donner appartiennent au médecin du travail,

- L'employeur peut contester les avis d'aptitude du médecin du travail auprès de l'inspecteur du travail

- L'employeur peut sanctionner : quand le risque a été identifié et que le plan de prévention et les mesures d'accompagnement individuelles ont été mis en œuvre.

- En conclusion : un test positif ne permet pas de justifier un licenciement, car la prise de drogues illicites peut avoir lieu en dehors des temps et lieu de travail donc ingérence dans la vie personnelle du salarié.

3) Le contrôle des affaires personnelles

- L'ouverture des armoires et des vestiaires :

343 Afin de réaliser cette mesure de contrôle **le salarié doit être présent**³²⁹.

Cette disposition a été mise en place à la suite d'un arrêt Gantois du 12 juin 1987, qui considérait que la disposition du règlement intérieur prévoyant que : « *la direction se réserve le droit de faire ouvrir à tout moment... afin d'en contrôler l'état et le contenu les vestiaires ou armoires individuelles* » excédait « *l'étendue des restrictions que l'employeur pouvait légitimement apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles* »³³⁰.

D'autre part, il doit s'agir d'une **ouverture exceptionnelle** : le contrôle doit être justifié par les « **nécessités de l'hygiène et de la sécurité** » et ce en présence des salariés en question sauf en cas de circonstances exceptionnelles.

Les salariés doivent être prévenus à l'avance des opérations de nettoyage.

De même en dehors des opérations de nettoyage³³¹.

La présence du salarié n'est pas requise si celui a été informé suffisamment à l'avance, en effet, la Cour de cassation estime qu'un délai de 3 semaines est suffisant³³².

Seul un « **risque ou un évènement particulier** » est susceptible de justifier un contrôle réalisé en l'absence du salarié, sans même qu'il ait été prévenu³³³.

Si l'employeur dépasse ses pouvoirs, il appartient au juge judiciaire de sanctionner.

M. Y ROBINEAU estime que « le vestiaire doit être soumis à un régime juridique qui assure une certaine protection de l'intimité »³³⁴.

- fouilles corporelles :

344 Les fouilles corporelles sont admises, mais les conditions du contrôle sont très strictes et exposées dans la circulaire DRT n° 83-5 du 15 mars 1983³³⁵.

³²⁹ CE, 22 avril 1988, n°72.908

³³⁰ Conseil d'Etat 12 juin 1987 : Liaisons sociales. 16 juillet 1987. n° 5976

³³¹ CE, 12 juin 1987, n° 72.388

³³² Cass. soc., 15 avril 2008, n° 06-45.902

³³³ Cass. soc., 11 déc. 2001, n° 99-43.030

³³⁴ Y. ROBINEAU, Contrôle de l'inspecteur du travail sur le règlement intérieur de l'entreprise, Bill. Soc. Fr. Lefebvre 1987. n°17

³³⁵ BO Trav. 1983, n°16

L'activité de l'entreprise doit le justifier pour des raisons de sécurité (produits dangereux...), des disparitions d'objet ou de matériels, des risques particuliers de vol dans l'entreprise³³⁶.

Dans des conditions « décentes », le mieux serait avec des appareils de détection appropriés.

Le salarié doit savoir au préalable qu'il a la possibilité de s'opposer à la fouille et d'exiger la présence d'un témoin.

Il doit donner son consentement, en présence d'un tiers appartenant à l'entreprise ou d'un représentant du personnel.

L'employeur pourra faire appel à un officier de police judiciaire en cas de salarié récalcitrant³³⁷.

Le salarié peut émettre certaines réserves relatives à ce contrôle :

Il peut refuser de se soumettre à ce contrôle pour un motif légitime et peut exiger la présence d'un témoin.

Au sujet de la fouille relative à la recherche d'objets volés, il s'agit d'un cas particulier assimilé par la circulaire à une perquisition et la soumet au respect des dispositions du Code de procédure pénale. Elle doit donc être effectuée par un officier de police judiciaire.

Fouille des sacs :

345 C'est la jurisprudence qui a imposé les conditions de cette fouille³³⁸ :

- cette fouille peut avoir lieu pour des raisons de sécurité, ou en cas de disparition de matériel ou risques particuliers de vols,
- le salarié doit donner son consentement,
- le salarié doit être informé qu'il peut s'opposer à la fouille.

Si ces conditions ne sont pas respectées les fouilles sont illégitimes ainsi que le licenciement qui a suivi.

Les droits et libertés des salariés, en l'occurrence leur vie privée est d'autant plus respectée par l'employeur qui est soumis au principe de sécurité de résultat (§2).

³³⁶ CE, 8 juillet 1988, n° 71.484

³³⁷ CE, 19 juin 1989, n°78.231

³³⁸ CE, 19 juin 1987, n°78231 ; CE, 11 juill. 1990, n° 86022 ; CE, 26 nov. 1990, n°96565

§2 : Une garantie renforcée par l'obligation principale sécurité de résultat de l'employeur

L'obligation de sécurité de résultat de l'employeur étant l'une de ses obligations essentielles garantissant le respect des droits et libertés du salarié, elle est présente en amont à travers l'élaboration d'une politique de prévention (A), mais aussi en aval à travers une politique de répression à l'égard du salarié (B).

A. L'élaboration d'une politique de prévention en faveur de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur

346 En vertu de l'article L 4122-1 du Code du travail

« Conformément aux instructions qui lui sont données par l'employeur, dans les conditions prévues au règlement intérieur pour les entreprises tenues d'en élaborer un, il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celles des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail.

Les instructions de l'employeur précisent, en particulier lorsque la nature des risques le justifie, les conditions d'utilisation des équipements de travail, des moyens de protection, des substances et préparations dangereuses. Elles sont adaptées à la nature des tâches à accomplir.

Les dispositions du premier alinéa sont sans incidence sur le principe de la responsabilité de l'employeur ».

Cet article permet à l'employeur de préciser ses directives afin d'assurer la protection au sein de son entreprise au travers notamment de contrôles d'alcoolémie.

Lesdits contrôles sont autorisés depuis 2002 par la Cour de cassation :

Afin de lutter contre l'existence d'un danger pour les personnes et/ou les biens au regard de la nature du travail exercé par le salarié contrôlé.

Si ces conditions existent, le recours à l'alcootest peut avoir lieu, à l'égard de l'ensemble des salariés et être systématique, il s'agit là d'une jurisprudence constante³³⁹.

L'employeur a l'obligation de prévenir le risque.

³³⁹ Cass. soc., 22 mai 2002, no 99-45.878 ; Cass. soc., 24 févr. 2004, no 01-47.000

Soulignons que la prise de drogue ou d'alcool au travail est un facteur aggravant le risque d'accidents du travail. L'employeur doit prendre en considération ce fait afin de « *prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* » (article L 4121-1 du Code du travail).

De ce fait, la Cour européenne des droits de l'homme valide la procédure élaborée par un employeur danois imposant un dépistage (urinaire) de substances illicites ou dangereuses pour les salariés responsables de la sécurité d'autrui.

En l'espèce, il s'agissait des salariés appartenant à l'équipe de sauvetage embarquée sur des ferries de la compagnie danoise de navigation³⁴⁰.

347 De plus, dans le cadre de ses pouvoirs, l'employeur peut mettre en place une véritable politique de prévention pour lutter contre les pratiques « addictives » au travail :

La Direction Générale du Travail (DGT), l'Institut national de recherche et de sécurité (INRS) et la Mission interministérielle de lutte contre la drogue et la toxicomanie (MILDT) proposent de mettre en place cette politique.

Celle-ci doit commencer par la création d'un comité de pilotage, représentatif de l'ensemble du personnel, à savoir des membres de la direction, des représentants du personnels dont certains membres du CHSCT, des représentants du service de santé et des salariés, « *s'ils existent, ceux compétents en prévention des risques professionnels* ».

Ces autorités recommandent que les membres de ce comité de pilotage soient « *formés sur les pratiques addictives* » et « *accompagnés par des intervenants extérieurs* » tels que la Caisse régionale d'assurance retraite et de santé au travail (Carsat), l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (Anact) et des addictologues.

Avant toute chose, ce comité se doit d'établir un diagnostic sur les « *conduites addictives de l'entreprise* ».

Une fois ce diagnostic réalisé, le comité de pilotage devra réaliser avec l'ensemble des représentants du personnel et le service de santé au travail une charte globale de prévention afin de définir la politique de l'entreprise à suivre dans ce domaine et particulièrement en matière de dépistage, de sanctions ou de reclassement de salariés.

³⁴⁰ CEDH, 1^{ère} chambre, 7 novembre 2002, n° 58341 / 00 Madsen

Il est nécessaire par exemple de définir dans ce document les signes d'alerte du salarié sous l'emprise de drogue comme des retards, absences, baisse de la qualité et de la productivité du travail.

348 Cette charte ne remplace pas le document unique d'évaluation des risques. Cette politique de prévention doit s'appliquer à l'ensemble des salariés et non pas seulement ceux qui sont affectés à des postes relatifs à la sécurité.

La direction, les membres du service des ressources humaines et des représentants du personnel doivent être formés à cette politique³⁴¹.

Le ministre des Affaires sociales a considéré qu' *« un employeur peut procéder à une fouille inopinée même si la possibilité de fouille n'a pas été prévue au règlement intérieur. Il faut cependant que les circonstances le justifient et que la fouille soit effectuée dans les conditions prévues par la circulaire »*³⁴².

Le respect d'une politique de sécurité passe par la mise en œuvre de sanctions à l'égard du salarié (B).

B. Le respect de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur : les sanctions du salarié

Le contrôle judiciaire et les sanctions :

349 Le contrôle d'alcoolémie est apprécié de façon « souple ».

Le juge judiciaire apparaît comme le gardien des libertés individuelles.

De ce fait il est de son devoir de contrôler les sanctions du salarié.

Le rôle du juge est d'assurer une *« protection pleine et entière des libertés individuelles du salarié (...) sans pour autant méconnaître les intérêts de l'employeur »*.

Il est du devoir du juge d'annuler une sanction disciplinaire prise à l'encontre du salarié qui a refusé de se soumettre à une mesure de contrôle illicite.

Un salarié a fait l'objet d'une mesure de fouille illicite dans son vestiaire mais où il a été retrouvé des objets volés. La nullité de la fouille n'empêche pas l'employeur de sanctionner

³⁴¹ Arr. du 13 oct. 2009, JO du 25 novembre, NOR : DEVT0915240A

³⁴² Note du ministre des Affaires Sociales et de l'Emploi du 18 avril 1983 relative au règlement intérieur et au droit disciplinaire. Doc. Sydoni.

son salarié pour vol via un licenciement. En effet, « *l'illicéité de la mesure de contrôle ne fait pas disparaître le vol ou la perte de confiance légitime en découlant et qui constitue à tout le moins une cause réelle et sérieuse de licenciement* ».

Les sanctions faisant suite à l'alcootest :

350 La Cour de cassation admet qu'un alcootest positif serve de base à une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement pour faute grave³⁴³.

La Cour de cassation dans l'arrêt du 31 mars 2015 « *refuse de faire primer les libertés fondamentales du salarié pour faire échec au contrôle d'alcoolémie exercé par l'employeur* ».

Le Conseil d'Etat étant plus stricte que la Cour de cassation, il admet un contrôle d'alcoolémie dans un sens préventif, et ne permet pas à l'employeur de se baser sur ces résultats pour constater une faute disciplinaire.

La jurisprudence considère que l'état d'ébriété révélé par alcootest peut justifier un licenciement si :

- l'abus d'alcool expose à un danger des personnes ou des biens et
- le règlement intérieur prévoit des modalités de contrôles permettant la contestation, telle une contre expertise.

La question se pose d'appliquer la jurisprudence des alcootests à celle des drogues tests.

Les sanctions faisant suite au test salivaire :

351 Si le test est positif, celui-ci doit être directement transmis au médecin du travail qui se prononce sur les capacités du salarié à occuper son poste ou non (article R 4624-31 du Code du travail) et sur ses conséquences sur sa sécurité et celle des autres salariés.

Le médecin du travail peut à ce sujet rendre quatre avis différents :

- un avis d'inaptitude définitif,
- un avis d'inaptitude temporaire,
- un avis d'aptitude avec réserves et aménagement de poste,
- un avis d'aptitude.

En vertu du secret médical, le médecin du travail ne pourra pas communiquer à l'employeur le motif de cet avis, celui-ci figurera dans le dossier médical en santé au travail du salarié

³⁴³ Cass. soc., 22 mai 2002, n° 99-45.878

(article R 4624-33 du Code du travail). Le médecin du travail a tout de même l'obligation d'informer l'employeur des situations à risque (art L 4624-3 du Code du travail).

Notons que l'employeur a la possibilité de contester l'avis du médecin du travail auprès de l'inspecteur du travail (art R 4624-35 du Code du travail).

Une fois les tests réalisés ils doivent être transmis au médecin du travail (s'ils ne sont pas réalisés par le médecin du travail lui-même) du service de santé au travail auquel adhère l'entreprise concernée.

Le médecin du travail examine les résultats et détermine si le salarié est apte à travailler ou non.

Même si le Conseil National de l'Ordre des Médecins (CNOM) considère que le rôle du médecin du travail n'est pas de réaliser ces tests mis en place par l'employeur dans le règlement intérieur : « *en aucun cas les obligations du médecin du travail ne peuvent résulter du règlement intérieur d'une entreprise (...)* »³⁴⁴.

La chambre sociale de la Cour de cassation semble adopter une position plus souple à ce sujet étant donné qu'elle admet la réalisation de ces tests sur les machinistes receveurs de la SNCF par des agents d'encadrement³⁴⁵.

352 Contrairement à l'alcootest, un test salivaire s'avérant positif ne suffit pas pour justifier une sanction étant donné qu'il révèle la consommation de drogues illicites pouvant avoir lieu hors des temps et lieu de travail. La sanction relative à ce contrôle serait considérée comme une ingérence dans la vie personnelle du salarié.

Sauf si le salarié occupe un poste à risque et que sa sécurité et celle d'autrui est mise en jeu.

L'employeur doit prouver que le salarié est sous l'emprise de la drogue ou a enfreint l'interdiction d'introduire de la drogue sur le lieu de travail.

Un salarié qui se drogue peut être licencié donc s'il occupe un poste à risque et que le règlement intérieur prévoit la procédure de contrôle exposé ci-dessus.

Par exemple, un cadre travaillant pour la défense nationale contrôlé en possession de cocaïne n'a pas pu être licencié car l'employeur n'a pas démontré en quoi ces circonstances constituaient un danger pour les autres salariés de l'entreprise.

³⁴⁴ Avis rendu le 3 septembre 2012 par le Conseil National de l'Ordre des Médecins (CNOM)

³⁴⁵ Cass. soc., 8 février 2012, n° 11-10.382

353 Mais il se peut que l'employeur se retrouve confronté au cas du salarié qui refuse de se soumettre au drogue test :

Contrairement à l'alcool, un salarié sous l'emprise de la drogue n'est pas détectable directement.

La direction peut le soumettre à un « *pré-test* » afin de vérifier s'il est toujours capable d'effectuer ses fonctions. Ce pré-test concerne les salariés occupant un poste relatif à la sécurité des personnes et des biens.

Le salarié en question ne peut refuser de voire tester ses aptitudes à tenir son poste.

354 Le juge précise en outre que la consommation de drogue est un motif de licenciement s'il repose sur de nombreuses et fréquentes absences du salarié.

En 2002, la Cour européenne valide les contrôles réalisés par un employeur danois, révélant des substances prises quarante huit heures auparavant car la sécurité des salariés était en jeu.

En 2008, la Cour d'appel : considère qu'un licenciement disproportionné d'un salarié ayant consommé des substances illicites car un simple rappel de l'interdiction de fumer un « joint » par l'employeur accompagné d'une sanction était suffisant.

La Cour de cassation a cassé cet arrêt car elle considère que même s'il s'agit d'un fait isolé celui-ci peut tout de même justifier un licenciement.

Quant à la journaliste Marie HAUTEFORT, celle-ci est partisane de la « *politique de la première fois* » et considère que le fait de fumer du cannabis dans l'entreprise, même s'il s'agit de la première fois est un comportement impardonnable qui justifie un licenciement, sans aucune référence au préalable au règlement intérieur.

Nous allons voir que l'employeur détient aussi un pouvoir de contrôle à l'égard de ses salariés, en dehors des temps et lieux de travail (Sous-section 2).

Sous-section 2 : Un pouvoir de contrôle de l'employeur parfois prolongé hors le temps de travail

355 « *Le salarié a droit à une vie personnelle dans laquelle l'employeur n'a pas à entrer (...) c'est l'évidence* »³⁴⁶.

Mais, la frontière entre la vie personnelle et la vie professionnelle du salarié étant discutable, il arrive souvent que « la vie personnelle du travailleur se trouve en conflit avec les intérêts de l'entreprise qui l'emploie »³⁴⁷.

En effet, il est impossible de nier « l'interaction entre les deux vies, personnelle et professionnelle du salarié ».

356 Certains auteurs avaient établi cette distinction manichéenne concernant l'attitude du salarié : en effet, « *lorsqu'il ne se trouve plus au temps et au lieu de travail, le salarié est libre d'agir à sa guise (...). Il doit pouvoir jouir d'une liberté qui ne connaît d'autres contraintes que les règles de la vie en société et le respect des lois et règlements; en revanche, au temps et au lieu de travail, il est soumis au pouvoir de direction et au pouvoir disciplinaire de l'employeur, même s'il conserve, une part irréductible d'autonomie et de liberté à laquelle il ne peut être porté atteinte par l'employeur* ».

En pratique cette doctrine ne peut s'appliquer.

357 Nous allons voir que **« même si le salarié a droit au respect de sa vie personnelle dans le cadre professionnel, l'employeur est en droit d'exiger de lui qu'il adopte, même dans son cadre personnel, un comportement qui ne soit pas 'incompatible' avec sa vie professionnelle »**³⁴⁸.

De ce fait, nous allons remarquer que le principe d'interdiction de sanction de l'employeur sur un fait reposant sur la vie privée du salarié (§1), peut trouver certaines atténuations (§2).

³⁴⁶ V. J.-M. Verdier, Interaction entre vie personnelle et vie professionnelle à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise : Gaz. Pal. 1996, 2, doct. p. 1411 et s.

³⁴⁷ Le Lamy social 2015 – Partie 1 Titre 1 Division 2 Chapitre 2 Section 1 Sous-section 2 § 1Le régime de la vie personnelle

³⁴⁸ Note du Professeur Danielle CORRIGNAN-CARSIN, relatif à l'arrêt du 2 décembre 2003 (ch soc), La semaine Juridique Edition Générale n° 7, 11 Février 2004, II 10025

§ 1 : L'élaboration et l'évolution du principe d'interdiction de sanction de l'employeur sur un fait reposant sur la vie privée du salarié

Ce fameux principe d'interdiction de sanction de l'employeur sur un fait reposant sur la vie privée du salarié repose sur un arrêt de principe important (A), qui va permettre à la Cour de cassation d'adopter un certain raisonnement en la matière (B).

A. Un historique nécessaire

358 Au préalable, il est nécessaire de relater les faits de l'arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation du 19 mai 1978.

En l'espèce, dans un établissement d'enseignement confessionnel (cour Sainte-Marte), une enseignante qui s'est remariée après avoir divorcé a été licenciée. Les enseignants représentent des modèles pour les enfants dans une école catholique, l'enseignante a fait, selon eux, un acte injurieux envers les principes catholiques.

Or, le divorce est-il un acte illicite ? Non. Mais l'enseignante savait que ses convictions religieuses avaient été prises en compte dès l'embauche lors de la signature du contrat de travail où elle s'engageait à transmettre la foi chrétienne aux élèves et à respecter les principes qui en découlent.

Dans cette affaire, l'école était donc en droit d'attendre des comportements conformes à ses engagements.

L'Assemblée Plénière a admis la régularité du licenciement de cette institutrice par l'établissement privé d'enseignement auquel elle était liée, à la suite de son mariage après divorce³⁴⁹.

Une sanction en raison d'un fait de la vie personnelle a donc pu être validée. Or il s'agissait d'un cas spécial d'une entreprise de tendance d'une école catholique où la salariée savait à l'avance qu'elle s'engageait à respecter les principes du catholicisme même en dehors de ses temps et lieux de travail.

Ce n'est que très exceptionnellement, lorsque les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement, qu'il peut être tenu compte du mariage de la salariée pour rompre le contrat de travail.

³⁴⁹ Cass. ass. plén., 19 mai 1978 : D. 1978, jurispr. p. 541, note P. Ardant

359 Le principe a finalement été posé dans les années quatre vingt dix par une loi et deux arrêts.

Tout d'abord la loi du n° 90-602 du 12 juillet 1990 interdit tout licenciement qui reposerait sur les mœurs du salarié³⁵⁰.

Puis en vertu du premier arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation va préciser qu'un employeur ne peut licencier un salarié pour un fait tiré de sa vie privée³⁵¹ et rajoute qu' « *un fait de vie personnelle ne peut caractériser une faute disciplinaire* »³⁵².

La Cour de cassation va-t-elle établir d'autres principes (B) ?

B. Le raisonnement de la Cour de cassation

360 En principe, un salarié qui commet une faute disciplinaire sur son lieu et temps de travail peut se voir opposer une sanction disciplinaire, alors que ladite faute exercée en dehors des temps et lieu de travail du salarié empêche en principe l'employeur de sanctionner le salarié.

« Un comportement [du salarié hors des temps et lieu de travail] ne peut pas, a priori, justifier un licenciement ».

Les sanctions de l'employeur ne peuvent reposer sur des comportements extra-professionnels *« sans aucun lien avec l'entreprise ou le travail accompli ».*

La Cour de cassation a longtemps été adepte de cette affirmation : *« un fait de la vie privée ou personnelle ne peut constituer une faute susceptible de justifier une sanction ou un licenciement disciplinaire ; il ne peut davantage constituer, en tant que tel, une cause de licenciement puisque le salarié n'a plus, en principe d'obligations contractuelles à l'égard de son employeur ».*

361 De plus, le raisonnement de la Cour de cassation ne changeait pas même si l'acte du salarié commis lors de l'exercice de sa vie privée a été condamné pénalement.

En effet, le licenciement d'un cadre de banque qui a émis des chèques sans provision n'a pas été retenu, d'autant plus qu' *« aucun trouble objectif caractérisé apporté à l'entreprise par le comportement incriminé du salarié n'avait été relevé ».*

³⁵⁰ loi n. 90-602 du 12 juillet 1990 (V. JCP 90, éd. G, III, 64039 ; L. art. 9

³⁵¹ Cass. soc., 20 nov. 1991 : Bull. civ. V, n° 512

³⁵² Cass. soc., 14 mai 1997 : Bull. civ. V, n° 175

Nous reviendrons plus tard à cette notion de « *trouble objectif caractérisé* ».

La jurisprudence se fonde sur l'article 9 du Code civil selon lequel chacun a droit au respect de sa vie privée pour déduire que les événements de la vie privée du salarié ne peuvent fonder en soit une sanction du salarié car un fait relevant de la vie privée ne constitue pas un manquement aux obligations résultant du contrat de travail.

Cette jurisprudence a été soutenue par le Rapport de la Commission Stasi qui soutient qu'« *en principe, il ne peut être procédé au licenciement d'un salarié pour une cause tirée de sa vie privée* »³⁵³.

Ce principe élaboré « *au nom du respect des libertés individuelles* » vient contrer « *l'emprise de l'entreprise* » en dehors des temps et lieux de travail³⁵⁴.

362 Un **danger pour la vie privée des salariés se verrait sentir en cas d'absence de séparation** (ou selon le Professeur CORRIGNAN-CARSIN « *de cloison pas trop étanche* ») entre sa vie privée et sa vie professionnelle.

La Cour de cassation exerce donc un contrôle très « *sévère* » et très **rigoureux** en cette matière.

Nous allons l'étudier dans les paragraphes suivants : le comportement du salarié doit induire une perturbation du fonctionnement de l'entreprise ou un risque de remise en cause de son travail ou encore un discrédit sur l'entreprise où il travaille.

Il n'a pas été facile pour les juridictions de réussir à établir une cloison entre les actes relevant de la vie privée et de la vie professionnelle du salarié.

Nous allons vérifier aussi dans quels cas un fait tiré de la vie privée du salarié sera lié à sa vie privée même ou à sa vie professionnelle.

Un employeur ne peut pas licencier son salarié pour cause réelle et sérieuse pour un motif tiré de sa vie privée³⁵⁵, à savoir les mœurs, ses relations familiales, son comportement extérieur à l'entreprise, ses opinions politiques ...

En effet, seuls des faits qui s'avèreraient liés au travail du salarié c'est-à-dire aux temps et lieux de travail sont susceptibles de justifier une sanction de la part de l'employeur.

³⁵³ Extrait du Rapport de la Commission Stasi sur la laïcité

³⁵⁴ Cass. soc., 20 nov. 1991 : Bull. civ. V, n° 512 ; RJS janvier 1992, n° 3 ; Dr. soc. 1992, p. 79. - Cass. soc., 22 janv. 1992 : Bull. civ. V, n° 30 ; RJS mars 1992, n° 247 ; Dr. soc. 1992, p. 268 ; Semaine sociale Lamy, 9 mars 1992, n° 590, p. 8, obs. Y. Perriguer.

³⁵⁵ Cass. soc., 30 juin 1992 : Bull. civ. 1992, V, n° 429. - Cass. soc., 25 oct. 2000 : RJS 2001, n° 37. - V. Fasc. 18-1

Par conséquent, aucun salarié ne peut être sanctionné et par là licencié en cas de mariage³⁵⁶, de liaison avec un subordonné³⁵⁷ ou avec un supérieur hiérarchique³⁵⁸, de surendettement d'un directeur de banque³⁵⁹, de l'homosexualité d'un aide-sacristain³⁶⁰...

Ce principe d'interdiction de sanction de l'employeur reposant sur un fait de la vie privée du salarié va connaître certaines restrictions (§2).

§ 2 : L'interdiction de sanction de l'employeur sur un fait reposant sur la vie privée du salarié : un principe atténué

Selon le Professeur Danielle CORRIGNAN-CARSIN « La protection relative à la vie professionnelle du salarié n'est donc pas absolue ».

Ce qui nous permet d'approfondir en premier lieu la relativité du principe d'interdiction de sanction à travers la notion de trouble objectif caractérisé (A), mais aussi la relativité du principe d'interdiction de sanction disciplinaire (B).

A. La relativité du principe d'interdiction de sanction : la notion de trouble objectif caractérisé

363 Il se peut que le salarié soit sanctionné pour un fait tiré de sa vie personnelle lorsqu'un trouble objectif caractérisé au sein de l'entreprise a été mis en évidence.

Le salarié fera alors l'objet d'un licenciement pour cause réelle et sérieuse.

Il faut savoir que c'est le trouble objectif caractérisé qui est la cause de licenciement du salarié et non le fait tiré de sa vie privée.

Un ancien arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation a posé le principe en précisant qu' « *un employeur ne peut pas licencier un salarié pour un motif lié à sa vie privée sauf si, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, son comportement crée*

³⁵⁶ Cass. soc., 17 mars 1971 : Bull. civ. 1971, V, n° 216. – Cass. soc., 11 déc. 1984 : Juri-soc. 1985, F 27

³⁵⁷ Cass. soc., 20 oct. 1976 : Bull. civ. 1976, V, n° 508. – Cass. soc., 5 mars 1987 : Jurispr. soc. UIMM n° 87-490, p. 320

³⁵⁸ Cass. soc., 30 mars 1982 : Juri-soc. 1982, F 53

³⁵⁹ Cass. soc., 16 déc. 1998 : Juris-Data n° 1998-004858

³⁶⁰ Cass. soc., 17 avr. 1991 : Bull. civ. 1991, V, n° 201 ; D. 1991, inf. rap. 140 ; Dr. ouvrier 1991, p. 201, obs. P. Bouaziz. – V. J. Savatier, Le licenciement, à raison de ses moeurs, d'un salarié d'une association à caractère religieux : Dr. soc. 1991, p. 485. – P. Gulphe, De la non-interférence de la vie privée sur la vie professionnelle du salarié en droit français : JCP E 1990, II, 15736

*un trouble objectif et caractérisé au sein de cette dernière, justifiant la rupture du contrat de travail »*³⁶¹.

364 L'analyse du trouble objectif caractérisé se doit en effet de répondre au **principe de proportionnalité**, il faut en effet tenir compte des **fonctions du salarié** et de la **finalité propre de l'entreprise**.

Au niveau des fonctions du salarié, il est nécessaire de préciser que le comportement résultant de la vie professionnelle d'un cadre perturbe plus facilement l'entreprise que celui d'un agent technique par exemple.

De plus, concernant la finalité propre de l'entreprise, il s'agit d'étudier le comportement de la vie personnelle du salarié en fonction de la doctrine prônée par l'entreprise, de sa taille, de son secteur, de sa notoriété.

La chambre sociale de la Cour de cassation précise que *« les faits de la vie extra-professionnelle du salarié peuvent être pris en compte lorsque le comportement de l'intéressé compte tenu de ses fonctions et de la **finalité propre de l'entreprise** a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière »*³⁶².

365 Quant à l'acte (ou l'attitude) commis durant la vie personnelle du salarié, celui-ci doit avoir des *« répercussions importantes »* pouvant les rattacher à sa vie professionnelle³⁶³.

L'entreprise doit avoir subi un **préjudice**.

Un salarié ayant commis un acte de délinquance en dehors de sa vie professionnelle peut être licencié si son acte ou sa condamnation pénale a causé un préjudice à l'entreprise dans laquelle il est employé.

En l'espèce, il s'agissait d'un employé de banque ayant un rôle dans une affaire de vol et de trafic de véhicules.

Les délits réalisés ont enfreint son obligation de probité et ont causé un préjudice à l'entreprise, de ce fait son licenciement est justifié³⁶⁴.

L'acte litigieux doit se rattacher à la **vie de l'entreprise**³⁶⁵.

³⁶¹ Cass. soc., 4 mai 1995, no 93-44.160

³⁶² Cass. soc., 20 nov. 1991 : Jurispr. soc. UIMM n° 92-546, p. 57 ; RJS 1992, n° 3. – Adde Cass. soc., 22 janv. 1992, préc. n° 191, "trouble objectif". – Cass. soc., 1er avr. 1992 : Juris-Data n° 1992-001614

³⁶³ Le Lamy Transport routier de marchandises au quotidien, L'employeur peut-il sanctionner un salarié pour des faits commis en dehors de l'entreprise ?

³⁶⁴ Cass. soc., 25 janv. 2006, pourvoi n° 04-44.918, arrêt n° 171 FS-P+B

³⁶⁵ Cass. soc., 10 déc. 2008, n° 07-41.820 : JurisData n° 2008-046211 ; Bull. civ. 2008, V, n° 245 ; D. 2009, p. 104, obs. Inés, propos injurieux visant une supérieure hiérarchique

Trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise : les violences d'un salarié à l'encontre de sa concubine, également salariée de l'entreprise³⁶⁶.

La chambre sociale de la Cour de cassation a précisé que « *la rupture des relations personnelles peut légitimer un licenciement, dans la mesure où, compte tenu de la nature de l'entreprise, de sa taille, des fonctions respectives, elle a des conséquences sur la vie de l'entreprise* »³⁶⁷.

Il n'y a pas de trouble objectif caractérisé au sein de l'entreprise lorsque l'employeur craint un danger de conflit d'intérêt relatif au mariage de son salarié avec la personne qu'il a épousé³⁶⁸.

De même la Cour de cassation n'a pas retenu de trouble caractérisé pour une salariée engagée en qualité de secrétaire chez un constructeur automobile français, car elle avait acheté une voiture d'une marque concurrente³⁶⁹.

366 L'une des premières applications de la notion de trouble objectif caractérisé a été élaborée par la **chambre sociale de la Cour de cassation du 20 novembre 1991** :

« *Si, en principe, il ne peut être procédé au licenciement d'un salarié pour une cause tirée de sa vie privée, il en est autrement lorsque le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière* »³⁷⁰.

Il s'agissait d'un aide – sacristain travaillant pour la paroisse de Saint-Nicolas-du-Chardonnet, ayant été licencié en raison de son homosexualité qui allait à l'encontre des principes catholiques.

La Cour de cassation a relevé que le trouble objectif de l'entreprise en question n'avait pas été caractérisé, de ce fait, le licenciement de ce salarié a été annulé.

Pour cela la Haute Cour se fonde sur les textes applicables à l'époque, à savoir les articles L 122-35 et L 122-45 du Code du travail.

³⁶⁶ Cass. soc., 9 juill. 2002, n° 00-45.068 : JurisData n° 2002-015427 ; Dr. famille 2003, comm. 22, note Fadeuilhe

³⁶⁷ Cass. soc., 29 nov. 1984, no 82-41.664, Cah. prud'h. 1985, p. 160

³⁶⁸ Cass. soc., 21 sept. 2006, n° 05-41.155 : JurisData n° 2006-035026 ; Bull. civ. 2006, V, n° 285 ; D. 2006, p. 2901, note Gaba ; RTD civ. 2007, p. 114, obs. J. Mestre et B. Fages. – Mais le fait de ne pas signaler l'acquisition et l'implantation d'un centre de lavage par une société concurrente exploitée par l'épouse du salarié peut être constitutif d'un trouble objectif caractérisé, Cass. soc., 17 mars 2010, n° 08-43.275, inédit : JurisData n° 2010-002182

³⁶⁹ Cass. soc., 22 janv. 1992 : Bull. civ. V, n° 30

³⁷⁰ Cass. soc., 20 nov. 1991, no 89-44.605, Dr. soc. 1992, p. 79

L'article L 122-35 (actuel L 1321-3) précisait que « *ne peut comporter de dispositions lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail (...) en raison (...) de leurs mœurs (...), de leurs opinions ou confessions (...), à capacité professionnelle égale* ».

L'objectif de cet article est de protéger un salarié d'une quelconque différence de traitement ou de sanction reposant sur ses plus profondes convictions.

L'article L 122-45 (actuel L 1132-1) interdisait tout licenciement d'un salarié en raison de ses convictions religieuses.

Selon les juges de la Cour de cassation « ces textes interdisent à l'employeur de congédier un salarié pour le seul motif tiré de ses mœurs ou de ses convictions religieuses ».

Et ajoutèrent, et c'est là tout l'intérêt de l'arrêt qu' « *il peut être néanmoins procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière* ».

367 Autrement dit, nous pouvons en déduire que si le comportement extérieur du salarié en question avait porté atteinte aux intérêts de l'entreprise, en jetant le discrédit sur cette dernière, le licenciement aurait été justifié.

Cependant, l'arrêt de la Cour d'appel n'ayant pas démontré cette atteinte, la Cour de cassation a cassé la décision des juges du fond :

« *en statuant ainsi, alors qu'elle s'était bornée à mettre en cause les mœurs du salarié sans avoir constaté d'agissements de ce dernier ayant créé un trouble caractérisé au sein de l'association, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

Cet arrêt proclame un **droit à la liberté des mœurs des salariés**.

Cette liberté peut s'étendre au droit et à la liberté du salarié de changer d'avis plus tard même s'il s'engage lors de son embauche à se conformer à la doctrine de l'entreprise.

En effet, la liberté de conscience et la liberté des mœurs applicables en l'espèce sont au sein de notre ordre juridique français des libertés d'ordre public.

De ce fait, il est très difficile de pouvoir y déroger, y compris par contrat.

368 Un fait tiré de la conscience ou des mœurs du salarié ne peut en soi justifier un licenciement. Le licenciement en question serait basé sur une discrimination, ce qui est totalement prohibé. Mais il en est autrement de la conséquence dudit fait sur les fonctions du salarié.

En effet, si le salarié ne peut plus exercer correctement les fonctions pour lesquelles il a été engagé, son licenciement pourrait dans ce cas être justifié.

Un licenciement qui repose sur les conséquences des mœurs du salarié peut être considéré comme un licenciement pour cause réelle et sérieuse.

La Cour de cassation le précise bien : « *qu'il peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui (...) a créé un trouble caractérisé au sein de (l'entreprise)* ».

Pour conclure sur l'apport de cet arrêt, un employeur peut sanctionner son salarié si les conséquences de ses mœurs peuvent avoir une ou plusieurs conséquences sur son travail (en cas d'inaptitude), mais aussi sur la réputation de l'entreprise qui l'a embauché.

369 Lorsque le comportement du salarié a créé un trouble caractérisé dans l'entreprise, l'employeur peut prouver que les conséquences de la liaison lui ont été préjudiciables.

Il devient alors possible de sanctionner le salarié.

Ainsi, la violence d'un salarié envers sa concubine, également salariée de l'entreprise, qui avait donné lieu à son arrestation a entraîné un trouble objectif caractérisé, même si ce fait relevait de la vie personnelle. L'employeur pouvait redouter de nouveaux incidents, et la réputation de l'entreprise ainsi que l'image de marque auprès des salariés pouvaient en être affectées : le licenciement était donc possible :

370 « *Mais attendu que si, en principe, il ne peut être procédé à un licenciement pour un fait tiré de la vie privée du salarié, il en va autrement lorsque le comportement de celui-ci a créé un trouble caractérisé à l'entreprise ;*

Et attendu que la cour d'appel, qui a constaté que le comportement du salarié à l'égard de sa concubine, également salariée de l'entreprise, avait entraîné son arrestation sur le lieu du travail, et que l'employeur pouvait craindre la survenance de nouveaux incidents, a fait ressortir que ce comportement avait entraîné, pour l'entreprise, un trouble objectif caractérisé ; qu'elle a décidé, dans l'exercice des pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 122-14-3 du Code du travail, que le licenciement procédait d'une cause réelle et sérieuse ; que le moyen n'est pas fondé ; »³⁷¹.

³⁷¹ Cass. soc. 9 juillet 2002, n° 00-45068 D

Nous pouvons déduire que le salarié n'aurait pas été sanctionné si l'arrestation ne s'était pas déroulée sur son lieu de travail ou si sa concubine n'était pas elle-même salariée de l'entreprise.

Outre la notion de trouble objectif caractérisé, permettant de sanctionner le salarié, la violation des obligations contractuelles de ce dernier permettrait d'atténuer le principe d'interdiction de sanction disciplinaire (B).

B. La relativité du principe d'interdiction de sanction disciplinaire : la violation des obligations contractuelles du salarié

371 En principe un fait tiré de la vie privée du salarié ne peut pas caractériser une faute disciplinaire :

Ce principe va être posé par la chambre sociale de la Cour de cassation le 14 mai 1997, au sujet d'un surveillant d'immeuble ayant eu un « *comportement abusif* » avec un occupant de la résidence³⁷².

Le licenciement pour faute lourde dont il avait fait l'objet a été annulé car le fait reproché au salarié était « *complètement étranger à ses fonctions de gardien* ».

Cette jurisprudence a été confirmée par la suite³⁷³.

Seul le comportement du salarié constituant un **manquement à une obligation de son contrat de travail**, peut le soumettre à un licenciement pour motif disciplinaire.

La Cour de cassation a validé un licenciement pour motif disciplinaire d'un salarié menaçant et insultant ses collègues lors d'un séjour organisé par l'entreprise³⁷⁴.

De même pour un salarié appartenant au « *personnel critique pour la sécurité* » qui a consommé des drogues dures pendant son temps de pause (entre deux escales).

Selon les Hauts magistrats il s'agissait d'un manquement aux obligations prévues par le contrat de travail du salarié³⁷⁵.

Ce manquement à une obligation de son contrat de travail résulte de deux cas :

³⁷² Cass. soc., 14 mai 1997, no 94-45.473

³⁷³ Cass. soc., 16 juin 1998, no 96-41.558 ; Cass. soc., 15 juin 1999, no 96-44.772, Bull. civ. V, no 279 ; Cass. soc., 21 mars 2000, no 97-44.370, Bull. civ. V, no 115 ; Cass. soc., 11 juill. 2000, no 98-42.180 ; Cass. soc., 18 juin 2002, no 00-41.128 ; Cass. soc., 21 oct. 2003, no 00-45.291 ; Cass. soc., 13 sept. 2006, no 05-42.909 ; Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, no 05-40.803, Bull. ch. mixte, no 3

³⁷⁴ Cass. soc., 8 oct. 2014, no 13-16.793, P+B

³⁷⁵ Cass. soc., 27 mars 2012, no 10-19.915

- un manquement à la loyauté dans l'exécution du contrat de travail

Il ressort du contrat de travail du salarié une obligation de loyauté dont il doit faire preuve de respect même en dehors de son temps et lieu de travail.

Le Professeur Danielle CORRIGNAN-CARSIN précise qu' « *une telle obligation subsiste en dehors du temps de travail* ».

La faute disciplinaire a été retenue à l'encontre d'un salarié qui pendant une période suspension de son contrat de travail avait effectué une formation avec le concurrent direct de son employeur³⁷⁶.

De même pour un salarié qui ne révèle pas à son employeur sa mise en examen³⁷⁷.

Cette obligation de loyauté subsiste même lors de la suspension du contrat de travail du salarié³⁷⁸.

et,

- au rattachement des faits en question à un élément de la vie professionnelle du salarié ou à la vie de l'entreprise.

372 Un lien étant établi entre le fait litigieux et la vie professionnelle du salarié ou la vie de l'entreprise, la qualification de faute disciplinaire a été retenue³⁷⁹.

Deux rattachements peuvent être élaborés, il y a tout d'abord le fait que l'acte litigieux réalisée lors de l'exercice de la vie privée du salarié **n'eut été possible « qu'en raison des fonctions exercées par le salarié »**.

Nous pouvons citer le cas d'un employé de banque (guichetier en l'occurrence) qui a émis des chèques sans provision pour « alimenter artificiellement un compte pour lequel il avait une procuration ». Le salarié a pu réaliser l'escroquerie en question grâce aux fonctions qu'il détient dans son entreprise.

³⁷⁶ Cass. soc., 10 mai 2001, no 99-40.584, Bull. civ. V, no 159

³⁷⁷ Cass. soc., 29 sept. 2014, no 13-13.661

³⁷⁸ Cass. soc., 21 nov. 2007, no 06-44.229

³⁷⁹ Cass. soc., 24 juin 1998, no 96-40.150, Bull. civ. V, no 338 : pour réaliser une escroquerie, le salarié avait utilisé les services de la banque qui l'employait ; voir encore Cass. soc., 28 mars 2000, no 97-44.309, Bull. civ. V, no 127 ; Cass. soc., 25 janv. 2006, no 04-44.918, Bull. civ. V, no 26 ; a contrario Cass. soc., 21 oct. 2003, no 00-45.291

De même pour un salarié du service contentieux d'une caisse d'allocations familiales qui a amoindri ses ressources pour bénéficier de prestations sociales : « les faits commis par la salariée en qualité d'allocataire de la caisse de Bourg en Bresse étaient ceux qu'elle était chargée de poursuivre dans ses fonctions ».

La Cour de cassation a validé les licenciements disciplinaires des salariés en question.

Le rattachement peut provenir du fait que le salarié est encore sur les lieux de travail sans y exercer son activité :

C'est le cas des faits commis hors du temps de travail mais au sein de l'entreprise :

Des salariés peuvent être licenciés pour motif disciplinaire s'ils ont commis une faute à l'intérieur des locaux de l'entreprise même si c'était en dehors de leur temps de travail.

En l'espèce, il s'agissait de conducteurs routiers qui étaient hébergés dans un local de l'entreprise et qui ont rendu ledit local tout saccagé.

La chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que « les agissements fautifs commis dans un local de l'entreprise et mis à la disposition de la collectivité des salariés ne relevaient pas de leur vie privée mais bien de leur vie professionnelle ».

De ce fait, le licenciement disciplinaire qu'ils ont subi était justifié³⁸⁰.

Le rattachement découle aussi des fonctions du salarié.

En effet, certains salariés se doivent d'adopter une conduite irréprochable même lors de l'exercice de leur vie privée.

Les qualités de rigueur de gestion, de tempérance, d'honnêteté, de probité ... etc doivent parfois régir le comportement de certains salariés.

373 Il est nécessaire de nous attarder sur le cas particulier des fautes de conduite :

Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 2 décembre 2003 a admis qu'un salarié chauffeur livreur qui s'est vu suspendre son permis en dehors des temps et lieux de travail constituait une atteinte aux obligations du contrat de travail du salarié et justifiait donc un licenciement disciplinaire (pour faute grave)³⁸¹.

En effet, nous pouvons supposer et même affirmer que la conclusion du contrat de travail du salarié en question reposait sur la détention de son permis de conduire.

³⁸⁰ Cass. soc., 27 juin 2001, no 99-45.121

³⁸¹ Cass. soc., 2 déc. 2003, no 01-43.227 ; Cass. soc., 19 mars 2008, no 06-45.212

Par conséquent, sa perte a pu causer un manquement à ses obligations contractuelles et donc justifier un licenciement pour motif disciplinaire.

Mais la Cour de cassation en l'espèce n'a pas positionné son raisonnement sur la nouvelle incapacité du salarié à exécuter sa prestation de travail mais sur la raison de son retrait de permis, à savoir « *la sanction pour conduite, en situation de récidive, sous l'empire d'un état alcoolique* ».

374 Le Professeur Danielle CARRIGNON-CARSTIN précise que ce n'est « *ni la mesure administrative puis judiciaire en elle-même, ni son retentissement sur l'exercice de l'activité du salarié, ni les répercussions éventuelles sur l'entreprise, mais la **cause de la mesure** qui est déterminante et qualifiante de la rupture des relations contractuelles* » :

« *Attendu, cependant, que le fait pour un salarié affecté en exécution de son contrat de travail à la conduite de véhicules automobiles de se voir retirer son permis de conduire pour des **faits de conduite sous l'empire d'un état alcoolique**, même commis en dehors de son temps de travail, se rattache à sa vie professionnelle* ».

Cette jurisprudence a été renversée par un arrêt du 3 mai 2011, venant s'aligner sur celle du Conseil d'Etat.

Elle précise que « *le fait, pour un salarié qui utilise un véhicule dans l'exercice de ses fonctions, de commettre, dans le cadre de sa vie personnelle, une infraction entraînant la suspension ou le retrait de son permis de conduire ne saurait être regardé comme une méconnaissance des obligations découlant de son contrat de travail* »³⁸².

Il s'ensuit que « son licenciement, dès lors qu'il a été prononcé pour motif disciplinaire, est dépourvu de cause réelle et sérieuse ».

Par conséquent, le salarié ne pourrait se voir opposer une sanction disciplinaire.

Mais cela ne change rien au fait qu'il peut être licencié pour un motif non disciplinaire si l'employeur le justifie par un trouble objectif causé à l'entreprise.

375 Certains auteurs estiment qu'il s'agit d'un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt du 2 décembre 2003 et pensent que l'arrêt pose le principe d' « *une exclusion systématique du licenciement disciplinaire dès que la faute est commise dans le cadre de la vie personnelle* ».

³⁸² Cass. soc., 3 mai 2011, no 09-67.464 ; Cass. soc., 10 juill., no 12-16.878

Cependant, l'attendu de principe de l'arrêt de 2011 pose une exception à savoir « *le manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail* »³⁸³.

L'interprétation de ces auteurs viendrait à occulter ladite exception.

Retenons donc qu'un chauffeur routier qui s'est vu suspendre ou retirer son permis de conduire lors de l'exercice de sa vie privée peut se voir opposer un licenciement non disciplinaire (pour cause réelle et sérieuse) sauf lorsque l'acte litigieux en question a causé un manquement à une obligation de son contrat de travail.

Quels autres comportements du salarié relatif à sa vie privée se doivent d'être étudiés face au pouvoir de l'employeur (Chapitre 2) ?

³⁸³ Cass. soc., 3 mai 2011, no 09-67.464, Bull. civ. V, no 105

Chapitre 2 : Le comportement du salarié au sein de l'entreprise

Le strict comportement du salarié au sein de l'entreprise (Section 1), peut se retrouver guidé par l'insertion de certaines clauses dans le contrat de travail du salarié (Section 2).

Section 1 : Le comportement stricte du salarié au sein de l'entreprise

376 En théorie, « *Le salarié met à la disposition de l'employeur sa force de travail et non sa personne* »³⁸⁴, « *Seule doit importer pour l'employeur l'exécution de la tâche à accomplir* »³⁸⁵.

En pratique, il est difficile pour le salarié de réussir à jongler entre la tâche qu'il doit effectuer et son comportement au sein de l'entreprise qui découle directement de sa vie privée.

En effet, selon la HALDE (ancien défenseur des droits), « *le travailleur se trouve sous la subordination de l'employeur qui dispose d'un pouvoir d'organisation et de direction. Cependant, dans l'entreprise, le salarié ne peut pas totalement faire abstraction de ses opinions et de sa vie spirituelle* »³⁸⁶.

377 Plusieurs thèmes sont relatifs au comportement du salarié : la liberté de se vêtir, la liberté de religion, le tabac, la cigarette, l'alcool, la drogue, les relations au sein de l'entreprise ...

Plusieurs questions ressortent de l'ensemble de ces libertés du salarié :

S'agit-il de libertés individuelles ou fondamentales ?

L'importance de la question ressort du régime qui en découlera pour le salarié mais aussi pour l'employeur.

Nous verrons ensuite que le *leitmotiv* de la proportionnalité sera présent dans toutes les questions relatives aux libertés du salarié :

Les mesures prises par l'employeur à l'encontre de l'exercice des libertés du salarié sont-elles proportionnelles ?

³⁸⁴ J. RIVERO, « Les libertés publiques dans l'entreprise », Dr. Social 1982, p. 423

³⁸⁵ L. LEVENEUR, « Vie privée et vie professionnelle, « La personne en droit du travail », p.37, Panthéon-Assas, 1999

³⁸⁶ Délibération HALDE n° 2007-309, 17 déc. 2007, Liaisons soc. 15 fév. 2008, n° 15058

Lesdites mesures peuvent s'avérer différentes en fonction de la liberté qui est mise en jeu, de ce fait, existerait-il une hiérarchie entre les différentes libertés ?

Si oui, s'agit-il d'une hiérarchie tacite ou pleinement approuvée ?

Comment concilier dans l'entreprise privée les manifestations des libertés des salariés, qui sont un droit pour le salarié avec l'intérêt de l'entreprise ?

Comment concilier le pouvoir de direction de l'employeur et la prise en compte des libertés individuelles des salariés ?

Pour répondre à ces questions, il est nécessaire d'approfondir la nature des pouvoirs de l'employeur face au comportement du salarié (Sous-section 1). Seulement dans certains cas, l'employeur peut être à l'origine de certaines dérives (Sous-section 2).

Sous-section 1: Les pouvoirs de l'employeur face au comportement du salarié au sein de l'entreprise et l'état actuel du droit

Nous allons établir en premier lieu la notion de libertés individuelles et fondamentales du salarié face au pouvoir de l'employeur en théorie (§1), pour ensuite l'approfondir d'un point de vue pratique (§2).

§1 : La mise en place du respect des notions de libertés individuelles et fondamentales envers les salariés

Nous allons établir en premier lieu un historique (A) de cette notion afin de l'approfondir (B).

A. Historique

- liberté de religion :

378 C'est la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des églises et de l'Etat qui va instaurer le principe de laïcité en droit français. Va découler de ce principe l'exigence constitutionnelle de neutralité de l'Etat. La laïcité est considérée comme la « 'valeur républicaine' par excellence, proclamée à l'origine face à une Eglise catholique puissante et hostile à la République »³⁸⁷.

La question de la religion s'est donc posée au départ dans le secteur public, le Conseil d'Etat a voulu protéger la liberté de conscience des agents et des usagers des services publics.

Par conséquent, il est interdit pour les agents du service public, qu'ils soient ou non en contact avec le public de porter un signe religieux ou de manifester leurs convictions religieuses. *C'est l'arrêt CPAM du 19 mars 2013 qui étend l'application de ce principe à l'ensemble des services publics, y compris lorsqu'ils sont organisés par des organismes de droit privé*³⁸⁸.

La question est apparue plus tard dans le secteur privé.

La laïcité qui est une obligation pour l'Etat, est-elle une faculté pour les personnes privées ? Autrement dit ce qui s'impose à l'Etat peut-il être choisi par la personne morale de droit privé ?

³⁸⁷ Sophie ROBIN-OLIVIER, Professeur à l'école de droit de la Sorbonne

³⁸⁸ Arrêt n° 537 du 19 mars 2013 (12-11.690) - Cour de cassation Chambre sociale

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/537_19_25763.html

379 La liberté de religion et de conviction est un droit fondamental reconnu par le Code du travail (article L 1132-1 du Code du travail), l'article 10 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, les articles 7 et 18 de la déclaration universelle des droits de l'homme, par la Convention européenne des droits de l'homme (article 9 : liberté de manifester sa religion ou sa conviction en public ou en privé et 14) et par le traité instituant la communauté européenne (art 13).

Nous assistons à l'heure actuelle à un réveil des pratiques religieuses, avec les notions de signes ostentatoires, de contraintes religieuses qui sont incompatibles avec le travail lui-même³⁸⁹.

- liberté de se vêtir :

380 A son domicile, chaque individu peut se vêtir comme il l'entend : cela relève de sa propre volonté, de son pouvoir d'auto-détermination. En effet, selon le Professeur Gérard LYON-CAEN, la problématique des droits de la personnalité provient de la liberté corporelle et de la liberté dans le choix de son apparence.

Ce principe sera étendu à la liberté de se vêtir dans l'entreprise qui a été reconnu par la jurisprudence dans l'arrêt Bouéry du 18 février 1998³⁹⁰.

Et soutenu plus tard par un arrêt du 6 novembre 2001 : «La façon de se vêtir relève du seul choix du salarié »³⁹¹.

Ce principe est soutenu par l'article L 1121-1 du Code du travail « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. »

La nuance qui figure dans cet article sera développée plus tard.

- vapotage :

381 Pendant des années, nous avons assisté à de nombreuses discussions sur le fait d'appliquer ou non la même législation du tabac à celle de la cigarette électronique. Il a été délicat de considérer que l'on pouvait se référer à la e-cigarette au sujet de l'article L 3511-1 du Code de la santé publique :

³⁸⁹ Table ronde organisée lors du dernier forum de l'association Trans Europe Experts (TEE), qui s'est tenu le 22 mars 2013 par le pôle « droit social »

³⁹⁰ Cass. soc 18 février 1998, n° 95-43.491, Bouéry c/ Sté Sleever international, Juris. Actua. N°7852 du 23 avril 1998, Bull. n°90

³⁹¹ Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 6 novembre 2001 n° 99-43.988

« Sont considérés comme produits du tabac les produits destinés à être fumés, prisés, mâchés ou sucés, dès lors qu'ils sont, même partiellement, constitués de tabac, ainsi que les produits destinés à être fumés même s'ils ne contiennent pas de tabac, à la seule exclusion des produits qui sont destinés à un usage médicamenteux, au sens du troisième alinéa (2°) de l'article 564 decies du code général des impôts.

Est considéré comme ingrédient toute substance ou tout composant autre que les feuilles et autres parties naturelles ou non transformées de la plante du tabac, utilisés dans la fabrication ou la préparation d'un produit du tabac et encore présents dans le produit fini, même sous une forme modifiée, y compris le papier, le filtre, les encres et les colles. »

382 C'est la ministre de la Santé : Marisol Touraine en date du 31 mars 2013 qui a estimé que des règles identiques à celles régissant le tabac devaient s'appliquer à la cigarette électronique. Elle a saisi le Conseil d'Etat pour un avis attendu en octobre 2013, afin de préciser les contours juridiques d'une telle adaptation afin d'aboutir à l'interdiction prochaine de « vapoter » dans tous les espaces clos collectifs.

Puis un rapport de l'Office de Prévention du Tabagisme publié le 28 mai 2013 va venir soutenir les propos de la ministre de la Santé : *« les experts recommandent que l'utilisation d'e-cigarettes et de tout produit évoquant le tabagisme soit interdite dans les endroits où il est interdit de fumer en modifiant l'art R 3511-1 du Code de la santé publique ».*

Enfin, c'est un jugement du 9 décembre 2013 qui va préciser que la cigarette électronique est *« naturellement concernée »* par l'article L 3511-1 du Code de la santé publique.

Afin d'illustrer nos propos, citons un exemple d'entreprise « avant-gardiste » dans le domaine de la e-cigarette, en effet, c'est au cours de sa politique de protection de la santé physique de ses salariés que le groupe AREVA a décidé d'interdire la cigarette électronique à partir du 1^{er} juillet 2014 au même titre que la cigarette classique (interdite depuis le 1^{er} février 2007 où il est interdit de fumer dans les lieux à usage collectif et notamment les lieux de travail, article L 2511-1 du Code de la santé publique) à travers son règlement intérieur.

Même si les effets de ladite cigarette sont encore incertains, il relève de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur de protéger ses salariés³⁹².

En effet, selon la DIRECCTE (Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi), les composés volatils et particules fines produites par la cigarette électronique empêchent de conclure à l'absence de risque pour la santé³⁹³.

Le projet de loi santé a été voté le 14 avril 2015 afin d'interdire le vapotage sur le lieu de travail.

³⁹² Interview de Pierre PREVOSTAU, Directeur Juridique Social du groupe AREVA

³⁹³ Cah. Soc., juin 2014, p. 346 n°113v1

B. Définition et législation

- liberté de religion :

383 Le principe dans l'entreprise privée est la liberté de convictions religieuses qui englobe la liberté de manifester la religion car elle n'est pas soumise au principe de laïcité.

Le salarié a donc le droit de « *manifester ses convictions* ». « *Tout salarié a le droit de penser ce qu'il veut, d'avoir la religion qui lui plaît et de manifester ses croyances par des signes extérieurs* ». L'employeur ne peut pas intervenir dans ce domaine en principe.

Le Défenseur des Droits précise qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'encadre **spécifiquement** l'exercice de la liberté religieuse au sein de l'entreprise privée.

Ce sont la loi et la jurisprudence qui en précisent les limites, à travers :

- l'interdiction des abus du droit d'expression : prosélytisme, actes de pression ou d'agression à l'égard d'autres salariés ...
- les restrictions de la liberté d'expression (pouvoir de direction de l'employeur, article L 1121-1 et L 1321-3) par des impératifs de sécurité au travail, santé ou d'hygiène, soit par la nature des tâches à accomplir.

- liberté de se vêtir :

384 C'est un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 28 mai 2003³⁹⁴, qui va instaurer la liberté de se vêtir en tant que liberté individuelle et non fondamentale.

Il est possible de considérer le monde du travail comme un théâtre où nous jouons un rôle tous les jours de la semaine, dans lequel notre style vestimentaire est essentiel en nous identifiant face aux autres. Il est donc capital de trouver « *son style* » au travail.

Pour cela, il est nécessaire de s'adapter à l'entreprise dans laquelle on travaille, en se renseignant et en adoptant les « *codes vestimentaires* » la qualifiant.

Il serait faux de penser que la coutume en matière d'habillement s'est radoucie ces dernières années. Les codes ont juste été modifiés, les costumes larges de couleur avec la cravate ont disparu au profit du costume cintré sans cravate. De même pour le « Friday wear » où le style des salariés est étudié de haut en bas.

Les salariés adoptent leur style en fonction de celui de leur responsable hiérarchique³⁹⁵

³⁹⁴ Cass. soc n° 02-40.273 du 28 mai 2003

385 Il est nécessaire de préciser que nous allons nous positionner du côté de la doctrine qui étend la liberté de se vêtir à la coupe de cheveux³⁹⁶, mais aussi aux « *vêtements, bijoux, maquillage, coiffure, qui constituent des éléments fondamentaux de l'image que nous donnons de nous – mêmes aux autres, ainsi que de l'image que nous faisons de nous-mêmes* »³⁹⁷.

Les parlementaires, quant à eux rajoutent la taille, le poids et l'esthétique.

Enfin, si l'on se réfère au règlement de certaines entreprises³⁹⁸, l'apparence physique est élargie « *au port de cheveux longs pour les hommes et au maquillage pour les femmes* ».

Ladite apparence physique citée dans l'article L 1132-1 du Code du travail revêt un caractère très large au sujet de sa notion.

Du moment que l'employeur l'accepte, le salarié peut porter une tenue originale. On le remarque pour les salariés faisant un métier créatifs que l'on appelle dans le monde de l'entreprise « *les créas* ».

- tabac :

386 Il est interdit de fumer dans les lieux publics donc au travail.

En effet, il est interdit depuis le 1^{er} février 2007 de fumer dans les lieux à usage collectif et notamment sur les lieux de travail (article L 2511-7 du Code de la santé publique).

Il s'agit de tous les lieux fermés et couverts qui accueillent du public ou qui constituent des lieux de travail³⁹⁹,

Sont visés :

- les locaux d'accueil et de réception, ceux affectés à la restauration collective, les salles de réunion, de formation et espaces de repos, les locaux réservés aux loisirs, à la culture et au sport ou encore les locaux sanitaires et médico-sanitaires ;
- les bureaux, qu'ils soient collectifs ou individuels.

Le tabac est donc totalement banni de l'entreprise :

En vertu des articles R 3512-1, R 3512-2 du Code de la santé publique, R 48-1 du Code de procédure pénale et de la Directive n° 2006-1386, 15 novembre 2006.

³⁹⁵ Santé, Sécurité et condition de travail, Carole ABOUT, Akim AYACHE

³⁹⁶ G LYON-CAEN, « Libertés publiques et l'emploi », 1991, La Documentation française

³⁹⁷ O. de Tissot, art . préc., p. 976 : pour l'auteur, « l'apparence est une composante de la dignité » ; G. LYON-CAEN, rapport préc, p. 150 qui associe les vêtements et la coupe de cheveux à l'apparence

³⁹⁸ cf. la brochure Disney : TGI Créteil, 19 janvier 1995, CGT c/ Eurodisney, RPDS, 1/1996, p. 15

³⁹⁹ D. n° 2006-1386, 15 nov 2006, JO 16 ; Circ. min., 24 nov. 2006, JO 5 déc

Le responsable des lieux est susceptible d'encourir certaines sanctions :

Amende de 4^{ème} classe, à savoir sept cent cinquante euros, amende forfaitaire de cent trente cinq euros (article 48-1 et article R 49 du Code de procédure pénale) :

- absence de signalisation prévue par la réglementation (articles R 3511-6, R 3512-2 C de la Santé publique)
- mise à disposition d'un emplacement réservé aux fumeurs non – conforme aux dispositions des articles R 3511-2 et R 3511-3 C de la santé publique

L'amende forfaitaire peut être majorée à trois cent soixante quinze euros si le contrevenant n'acquiesce pas dans un délai de quarante cinq jours :

- un employeur peut favoriser sciemment le recours à la cigarette, lorsqu'il met à la disposition des salariés des cendriers dans les lieux où il est interdit de fumer. La loi sanctionne d'une contravention de la quatrième classe le non respect de l'interdiction de fumer, ainsi que les encouragements oraux éventuels de la part de l'employeur,
- l'employeur peut aussi être l'auteur d'un refus « avéré » de procéder à la consultation du CHSCT, de ce fait, il risque un an et / ou trois mille sept cent cinquante euros d'amende (articles L 4742-1 du Code du travail; L 2316-1 Code du travail, articles R 3511-5 et -6 du Code de la Santé publique)
- enfin, la non consultation du comité d'entreprise sur l'introduction des mesures anti-tabac dans le règlement intérieur est un délit d'entrave au fonctionnement du comité d'entreprise (même peine : article L 2328-1 du Code du travail)

- vapotage :

387 Le terme « vapoter » est né du terme anglais « *to vape* » qui signifie inhaler de la vapeur.

C'est l'action d'utiliser une cigarette électronique en chauffant un mélange pour aspirer la vapeur produite par le dispositif.

Les scientifiques ont détecté des traces de métaux comme le nickel, le chrome ou même de l'antimoine⁴⁰⁰. Même si rien ne permet d'assimiler l'e-cigarette à la cigarette classique, de nombreux organismes dédiés à la santé et à la sécurité ont déjà pu dénoncer la nocivité de ces cigarettes électroniques.

⁴⁰⁰ « Vapoter au bureau : vrai droit ou fumeux détournement de la loi Evin ? », T. Vallat, Les Cahiers Lamy du CE n° 135, mars 2014

Il y a deux écoles au sein des salariés :

Certains disent qu'il ne s'agit pas de tabac au sens propre du terme, et donc estiment qu'ils peuvent « vapoter » ;

D'autres estiment que l'employeur doit l'interdire dès lors que cela peut nuire à leur santé.

Il est nécessaire de se référer à l'art L 3511-1 du Code de la santé publique

« Sont considérés comme produits du tabac les produits destinés à être fumés, prisés, mâchés ou sucés, dès lors qu'ils sont, même partiellement, constitués de tabac, ainsi que les produits destinés à être fumés même s'ils ne contiennent pas de tabac, à la seule exclusion des produits qui sont destinés à un usage médicamenteux, au sens du troisième alinéa (2°) de l'article 564 du code général des impôts.

Est considéré comme ingrédient toute substance ou tout composant autre que les feuilles et autres parties naturelles ou non transformées de la plante du tabac, utilisés dans la fabrication ou la préparation d'un produit du tabac et encore présents dans le produit fini, même sous une forme modifiée, y compris le papier, le filtre, les encres et les colles. »

Il est nécessaire de citer le projet de loi santé où les députés ont voté l'interdiction de vapoter sur le lieu de travail :

Il a en effet été adopté en première lecture par les députés le 14 avril 2015 :

Il est interdit de vapoter dans les lieux de travail fermés et couverts à usage collectif.

En contrepartie, les entreprises ont l'obligation de mettre à disposition des salariés des espaces vapoteurs.

Certains pays européens ont déjà décidé d'interdire l'usage de la e cigarette dans tous les lieux où il est interdit de fumer telle la Belgique, Malte ou le Luxembourg.

- alcool :

388 Selon l'article R 4228-20 du Code du travail, il est interdit d'introduire ou de distribuer dans l'établissement toutes boissons alcoolisées, à l'exclusion du vin, de la bière, du cidre et du poiré. De plus, les personnes en état d'ivresse ne peuvent rentrer ou séjourner sur le lieu de travail (article R 4228-21 du Code du travail)

On remarque que le Code du travail ne précise pas les quantités d'alcool pouvant être ou non dans l'entreprise.

Enfin, ni une convention ni un accord collectif de travail ou le contrat de travail « ne peuvent comporter de clauses prévoyant l'attribution, au titre d'avantage en nature, de boissons alcoolisées aux travailleurs ». (article R 3231-16 du Code du travail).

Il est possible que la consommation d'alcool en entreprise engendre des sanctions pour le salarié allant jusqu'au licenciement, cela dépend des faits en question. C'est une question que nous développerons plus tard.

- drogue :

389 Tout comme l'alcool, il est interdit pour le salarié d'introduire de la drogue sur le lieu de travail, sous peine de sanction. Qu'il soit pris en train de fumer ou de vendre des stupéfiants.

Le Code du travail ne contient pas d'interdiction relative à la consommation de drogue sur le lieu de travail. Il est donc nécessaire de se référer à l'article L 3421-1 du Code de la santé publique qui régit cette problématique :

« L'usage illicite de l'une des substances ou plantes classées comme stupéfiants est puni d'un an d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende.

[...]

Si l'infraction est commise dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, ou par le personnel d'une entreprise de transport terrestre, maritime ou aérien, de marchandises ou de voyageurs exerçant des fonctions mettant en cause la sécurité du transport dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende. Pour l'application du présent alinéa, sont assimilés au personnel d'une entreprise de transport les travailleurs mis à la disposition de l'entreprise de transport par une entreprise extérieure. »

Nous allons voir que le comportement du salarié variera en fonction de la qualification de la liberté : soit individuelle soit fondamentale (§2).

§2: Un comportement déterminé par la qualification de la notion de liberté individuelle ou liberté fondamentale

Nous allons établir en premier l'origine de la notion de droits et libertés fondamentales pour remarquer ensuite qu'une controverse doctrinale a vu le jour à ce sujet (B).

A. L'origine de la notion de droits et libertés fondamentales

390 Les droits et libertés fondamentales sont considérés comme des droits et libertés de nature « *absolue* », des « *droits naturels* »⁴⁰¹.

Les droits et libertés individuelles et fondamentales de l'individu étant considérés comme primordiaux, leur respect est assuré par l'Etat.

Leur différence réside dans les conséquences des sanctions infligées aux salarié résultant desdites libertés :

Un employeur ayant licencié un salarié en portant atteinte à une liberté fondamentale risque l'annulation dudit licenciement par le juge.

Alors qu'un employeur ayant licencié un salarié en portant atteinte à une liberté individuelle risque de se voir opposer un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Les conséquences pour le salarié ne sont pas les mêmes.

Dans le premier cas le salarié, en plus de toucher les salaires qu'il aurait dû percevoir pendant sa période d'éviction, le salarié pourra imposer sa réintégration à son employeur.

Alors que dans le second cas, il est nécessaire d'avoir un accord entre le salarié et l'employeur pour qu'il soit réintégré.

D'autre part, « *si l'une ou l'autre des parties refuse, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Elle est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9.* » (art L 1235-3 du Code du travail).

C'est la liberté de religion qui est considérée comme une liberté fondamentale contrairement à la liberté de se vêtir, liberté individuelle.

Le salarié victime d'un licenciement prononcé en violation de sa liberté vestimentaire ne pourra pas réclamer devant le juge la nullité de son licenciement afin d'obtenir sa

⁴⁰¹ O de Tissot, article p. 973

réintégration dans l'entreprise mais seulement des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

391 La liberté de se vêtir peut se mêler à d'autres libertés qui sont considérées quant à elles comme fondamentales et donc leur violation pourrait causer la nullité du licenciement en découlant. Pour preuve, l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 11 janvier 2012, (n° 10-28.213). En l'espèce, un chef de rang d'un restaurant gastronomique avait été licencié car il refusait d'ôter sa boucle d'oreilles.

Selon la Cour de cassation le licenciement reposait sur une discrimination fondée sur « l'apparence physique du salarié rapportée à son sexe » :

« Mais attendu qu'ayant rappelé qu'en vertu de l'article L. 1132-1 du code du travail, aucun salarié ne peut être licencié en raison de son sexe ou de son apparence physique, la cour d'appel a relevé que le licenciement avait été prononcé au motif, énoncé dans la lettre de licenciement que "votre statut au service de la clientèle ne nous permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme que vous êtes", ce dont il résultait qu'il avait pour cause l'apparence physique du salarié rapportée à son sexe ; qu'ayant constaté que l'employeur ne justifiait pas sa décision de lui imposer d'enlever ses boucles d'oreilles par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, elle a pu en déduire que le licenciement reposait sur un motif discriminatoire ; que le moyen, inopérant en ce qu'il se fonde sur l'article L. 1121-1 du code du travail dont la cour d'appel n'a pas fait application, n'est pas fondé ; »

Il en est de même si le licenciement repose sur les convictions religieuses du salarié. Les conséquences n'étant pas les mêmes pour le salarié, une controverse doctrinale a vu le jour depuis un certain nombre d'années au sujet de la qualification de la liberté de se vêtir (B).

B. Controverse doctrinale au sujet de la qualification de la liberté de se vêtir : liberté individuelle ou fondamentale ?

Une partie de la doctrine est réfractaire au phénomène d'extension des libertés fondamentales, celles-ci risqueraient en effet de « se vider de leur spécificité ».

392 La liberté de se vêtir au travail est une liberté individuelle. Cependant, certains auteurs se demandent s'il ne serait pas opportun de qualifier ladite liberté en liberté fondamentale étant donné que les conséquences pour le salarié ne sont pas les mêmes.

Il existe deux catégories de droit naturel :

Le droit naturel classique qui inspire la transcendance et le droit naturel moderne qui se concentre sur l'être humain.

Les auteurs appartenant au courant du droit naturel classique considèrent que le droit doit se déduire de l'observation des choses, les rapports justes entre toute chose appelée « jusnaturalisme » et les jusnaturalistes ont pour fondateur Aristote, relayé par Cicéron.

Le jusnaturalisme dominait la pensée des auteurs antiques.

393 Au sujet des droits et libertés fondamentales, lorsque nos auteurs font référence au droit naturel, il s'agit du droit naturel moderne apparu au 17ème siècle.

L'ouvrage de référence est celui de Grotius « *Le droit de la guerre et de la paix* » car il initie le courant et fonde les bases du droit naturel modéré. On parle d'une Ecole du droit naturel moderne ; on compte Hobbes, Dante, Rousseau. Le droit naturel est **centré sur l'individu**, le **sujet du droit** et **par conséquent l'humain**. Le droit n'est pas un élément extérieur, il provient du sujet de l'humain. Le droit est le produit de la raison humaine. Le droit naturel ne se découvrirait pas par l'observation des êtres et des choses, mais par la **raison humaine**. Cela va permettre des systèmes juridiques où l'homme est au centre. L'Etat repose sur la volonté des individus. L'Etat et les lois sont le produit des individus. Les lois découlent de la Raison, produit d'un travail intellectuel.

394 La qualification de liberté fondamentale permet donc de prendre en compte le salarié en tant qu'individu avant toute chose.

Le conseiller doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation : Philippe WAQUET suggère deux critères cumulatifs afin de distinguer lesdites libertés fondamentales :

- le critère formel : qui prend en compte la source du droit / de la liberté, autrement dit soit sa valeur constitutionnelle soit sa consécration dans des traités internationaux ;
- le critère matériel : qui représente l'objet du droit / de la liberté fondamentale, à savoir la protection de la vie et de la dignité de la personne humaine⁴⁰².

En retenant et en appliquant la définition du professeur WAQUET, il n'est pas possible de classer la liberté de se vêtir dans la catégorie des libertés fondamentales car celle-ci n'est pas inscrite dans le Code du travail⁴⁰³

⁴⁰² « Les libertés dans l'entreprise », RJS, 2000, p. 236

⁴⁰³ CA St Denis de la Réunion, 9 septembre 1997, Sté Milhac Nord c/ Meraly, D. 1998, jur. P. 546 et la note de S. Farnocchia à propos d' « *une vendeuse portant le tchador dans un magasin de mode d'articles féminins et alors qu'elle est en contact permanent avec la clientèle et qu'aucune discrimination ne peut être relevée : pas de trouble manifestement illicite* ».

395 La majorité de la doctrine considère que la tenue vestimentaire appartient au domaine de « *l'apparence physique* ». Il serait logique de penser, que comme la tenue vestimentaire fait partie de la catégorie « *apparence physique* » figurant dans l'article L 1132-1 du Code du travail, celle-ci pourrait obtenir la qualification de « *liberté fondamentale* ».

Ce raisonnement ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine.

L'article L 1132-1 du Code du travail est donc composé de libertés individuelles et fondamentales, il aurait alors « un contenu hétérogène ».

396 D'autant plus que cette thèse représentant la majorité doctrinale est soutenue par la Cour de cassation, qui dans un arrêt de la chambre sociale du 28 mai 2003 précise que « La liberté de se vêtir au temps et au lieu de travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales »⁴⁰⁴ ;

Une nouvelle qualification de la liberté de se vêtir pourrait – elle voir le jour ?

La qualification des libertés : individuelles ou fondamentales déterminent-elles leur niveau de restrictions acceptables ?

Qui les qualifie de liberté fondamentale ou individuelle ?

Le juge ou le législateur ?

397 Comme nous l'avons précisé précédemment, c'est l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 28 mai 2003 (N° de pourvoi: 02-40273) qui qualifie la liberté de se vêtir de liberté individuelle et non de liberté fondamentale :

« *la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu du travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales ;* ».

398 Ce serait donc le juge qui qualifie les libertés individuelles.

Nous pouvons donc nous demander si les restrictions accordées au salariés ne dépendraient – elles pas finalement du pouvoir du juge ? et donc pas des mesures que l'employeur prend au sein de son entreprise...

De plus, il est légitime de nous demander si le juge a une totale légitimité pour qualifier ces libertés ?

⁴⁰⁴ Cass. soc., 28 mai 2003, n°02-40.273

399 En France, en vertu de la séparation des pouvoirs, la loi est le fruit du parlement et non pas du juge. Le juge n'a pas de légitimité pour créer une norme car ils ne sont pas élus. Le jurisprudence est une source subordonnée du droit car elle n'a pas de légitimité démocratique. Cela n'enlève rien au fait qu'il s'agit d'une source nécessaire, elle a un rôle déterminant car elle vient préciser la loi.

400 Si l'on suit ce raisonnement, le juge n'aurait donc aucune légitimité pour qualifier les libertés du salarié d'individuelles ou de fondamentales. Serait-il nécessaire de voter une loi qui viendrait régir les qualifications des libertés du salarié ? Celle-ci leur accorderait une certaine légitimité.

Le comportement du salarié peut aussi être influencé par des intérêts considérés comme supérieurs (Sous-section 2).

Sous-section 2 : Un comportement du salarié guidé par des intérêts supérieurs à respecter

401 Selon une étude réalisée en 2014 par l'Observatoire du fait religieux en entreprise (Chaire de recherche associée au centre de recherches sur l'action politique en Europe), par l'institut Randstad :

- Douze pourcent (12%) des pers interrogées sont confrontées de manière régulière au fait religieux au travail
- les faits les plus courants sont les demandes d'absences (seize pourcent, 16%) et d'aménagement des horaires (treize pourcent, 13%), les prières pendant le temps de travail (treize pourcent, 13%), le port de signes ostentatoires (dix pourcent, 10%), le refus de travailler avec des femmes sous les ordres d'une femme (huit pourcent, 8%)
- Vingt-cinq pourcent (25 %) des cas nécessitent une intervention du management et moins de trois pourcent (3 %) des cas sont bloquants ou conflictuels
- pour environ quatre – vingt trois pourcent (83,3 %) des personnes interrogées, le principe de laïcité devrait s'appliquer aux entreprises du secteur privé.

(Etude réalisée à partir de mille trois cent cinquante neuf 1359 questionnaires en février 2014 auprès de la direction des ressources humaines et des responsables des ressources humaines (environ vingt sept pourcent, 27,5%), de managers non membres de la fonction des ressources humaines (environ trente neuf pourcent, 39,1 %) et de personnes occupant d'autres fonctions (environ trente cinq pourcent, 35,5 %).

Mal être de plus en plus croissant des managers : menaces d'accusation de racisme ou de discrimination, remise en cause de la légitimité de l'entreprise ou de la leur etc ...

Selon la Halde, « *Le Code du travail impose un subtil équilibre entre liberté religieuse et intérêt de l'entreprise* ».

Problèmes liés au tabac :

402 Nous pouvons compter environ soixante mille victimes du tabac par an en France et un million dans le monde, il s'agit d'un véritable « *Fléau social* ».

Mars 2014, étude réalisée par Harris Interactive pour le compte de l'association « *Droit des non-fumeurs* » : 34% des salariés français déclarent être exposés à la fumée de tabac sur leur lieu de travail. De plus, le poids économique du tabac représente un chiffre impressionnant. L'Association nationale de prévention en alcoologie et en addictologie (ANPAA) a réalisé

une étude ayant révélé que l'alcool est responsable de 10 à 20 % des accidents du travail, touchant toutes les catégories socioprofessionnelles.

Problèmes liés à l'alcool :

403 Une étude de l'Ifop a révélé que 24% des chefs d'entreprise (contre 9% trois ans auparavant) désirent « prendre des dispositions pour sensibiliser les salariés aux risques liés à une consommation excessive d'alcool »⁴⁰⁵.

Problèmes liés à la drogue :

404 Les dernières estimations ont révélé que dix pourcent (10%) des salariés consomment régulièrement ou occasionnellement des produits illicites. Cet usage de drogues illicite se développe dans le milieu du travail (vingt trois pourcent, 23 % des médecins ayant constaté cette augmentation).

En vertu d'une étude menée par la Mission interministérielle de lutte contre la drogue et les conduites addictives (Mildca), l'alcool, les médicaments et les stupéfiants sont à l'origine de quinze à vingt pourcent, 15 à 20 % des accidents professionnels, de l'absentéisme et des conflits au travail.

405 La consommation de drogue, d'alcool, de tabac, d'e cigarette sur le lieu de travail en constante augmentation ne résulterait pas d'un stress des salariés relatif à une gestion difficile de leur vie privée par rapport à leur vie professionnelle ?

Une meilleure protection de la vie privée du salarié par son employeur serait-elle susceptible de faire diminuer ces chiffres ?

Certains salariés, ayant un gros rythme de travail et devant assurer une vie de famille après, sont tentés par la prise de certaines substances dopantes, comme la cocaïne afin de réaliser tous leurs objectifs.

En effet, environ neuf pourcent (9,3 %) des consommateurs d'alcool et environ treize pourcent (13,2) % consommateurs de cannabis ont déclaré avoir augmenté leurs consommations à cause de « problèmes liés à leur travail ».

⁴⁰⁵ Ifop pour PSRE, « L'impact des pots d'entreprise sur les risques routiers, Vague 2 », décembre 2011

« D'où la nécessité pour les employeurs d'agir pour prévenir, contrôler et sanctionner les pratiques addictives au travail »⁴⁰⁶.

L'employeur peut-il au nom du bon fonctionnement de l'entreprise, apporter des restrictions à ces droits ?

406 Pour répondre à cette question, nous allons voir en premier lieu que la vie privée du salarié peut être restreinte face à la protection d'intérêts considérés comme supérieurs (§1). Seulement, dans certains cas et à des conditions très précises, l'employeur va favoriser l'exercice de la vie privée du salarié (§2).

§1 : Le sacrifice de la vie privée des salariés à travers la protection d'intérêts supérieurs

407 L'employeur étant tenu d'une **obligation de sécurité de résultat** vis-à-vis de ses salariés, il peut apporter des restrictions aux libertés individuelles et fondamentales du salarié. La justification de ces restrictions est exigée. En effet, selon l'article L 1121-1 du Code du travail, l'employeur peut apporter des restrictions à la liberté vestimentaire du salarié dès lors qu'elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché⁴⁰⁷.

L'employeur doit pouvoir prouver que ces limitations sont fondées sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination et qu'elles sont proportionnées au regard des tâches à accomplir. Les salariés ont droit au respect de leurs libertés individuelles et fondamentales mais celles-ci ne doivent pas remettre en cause le bon fonctionnement de l'entreprise.

De ce fait, certaines restrictions de libertés individuelles et fondamentales des salariés seront acceptées (A), puis appréciées par le juge (B).

⁴⁰⁶ Les cahiers du DRH 2012- n° 187 du 05/2012

⁴⁰⁷ Cass. soc. 12 novembre 2008, n° 07-42.220

A. Restrictions des libertés individuelles et fondamentales des salariés

408 Les restrictions admises par les juges sont les suivantes et peuvent être considérées comme hiérarchisées :

- En premier lieu, celles relatives à des **considérations d'hygiène et de sécurité** sont les restrictions qui reviennent le plus souvent et qui n'admettent aucune entorse.

Il est important de souligner que l'employeur est responsable du comportement des salariés qui ne respectent pas les mesures restrictives mises en place pour des raisons de santé et de sécurité.

- Dans le même ordre d'importance, nous pouvons citer **l'intérêt supérieur de l'enfant**.

- Ensuite celles relatives à l'intérêt moral (image de l'entreprise auprès de la clientèle, crédibilité envers le public) et économique de la société.

- l'intérêt de la clientèle,

- trouble dans l'entreprise

- Décence

- fonction d'identification (hôtesses de l'air)

- incompatible avec l'exercice des fonctions

- stratégie commerciale

- santé et sécurité dans l'entreprise.

Toutes ces restrictions vont être développées et illustrées dans les paragraphes suivants.

Liberté de se vêtir :

409 L'employeur est en droit d'exiger une tenue correcte de la part de ses salariés. Cette exigence ne dépasse pas son pouvoir. Il est important pour le salarié de prendre en compte l'intérêt moral de l'entreprise qui comprend « l'image de celle-ci, sa crédibilité auprès du public »⁴⁰⁸.

Risque de nuire à la société : entreprise perturbée

Ambulancière à l'attitude provocante et aux tenues très courtes et échancrées dont le licenciement a été confirmé⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ Ph ARDANT, Dr. Social 1982, p. 430

⁴⁰⁹ cass soc 18 mai 1999, n° 97-40.797

410 Au sujet de l'hôpital, la Cour européenne a admis l'interdiction pour les infirmières de porter des colliers, ainsi que croix manifestant une croyance religieuse, dans un objectif de santé et de sécurité des patients (réduction du risque d'infection).

En vertu d'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 17 avril 1986, l'employeur avait mis en place une obligation de porter une blouse ou un vêtement isolant⁴¹⁰, en l'espèce, le gardien avait refusé de porter la tenue réglementaire.

Le port d'un uniforme, à savoir d'un vêtement isolant pour la manipulation de produits dangereux, ou protecteurs pour un agent de sécurité était exigé.

De ce fait, il s'agit d'une faute inexcusable du salarié en cas d'accident du travail.

411 Dans un autre cas, un employeur tenant à respecter l'image de marque de sa société peut imposer à ses salariés qui sont en contact avec la clientèle un certain « dress code ».

Un salarié qui s'y refuse est susceptible d'être sanctionné.

Ainsi, il a été admis le licenciement d'un salarié en contact avec la clientèle qui portait un bermuda :

« Et attendu que les énonciations tant du jugement du conseil de prud'hommes que de l'arrêt confirmatif attaqué font apparaître que la tenue vestimentaire de M. X... était incompatible avec ses fonctions et ses conditions de travail de sorte que la cour d'appel a pu en déduire qu'il n'y avait pas de trouble manifestement illicite qu'il y avait lieu de faire cesser ; qu'ainsi, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; »⁴¹¹

De même pour le port d'un survêtement par la secrétaire d'une agence immobilière en contact avec la clientèle :

« Mais attendu d'abord que s'il est exact que la restriction de la liberté individuelle de se vêtir doit être justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché, la cour d'appel, qui a constaté que la salariée était en contact avec la clientèle de l'agence immobilière, a pu décider que la décision de l'employeur de lui interdire de se présenter au travail en survêtement était justifiée ;

Et attendu ensuite que la cour d'appel a constaté, répondant ainsi aux conclusions prétendument délaissées, que la salariée, qui avait repris son travail après un arrêt de travail pour maladie, l'avait brusquement cessé sans motif, et ne l'avait pas repris, malgré les injonctions répétées de l'employeur ; qu'elle a pu décider que son comportement était fautif et

⁴¹⁰ Cass soc 17 avril 1986, n° 85-41.325 Sté Agence Protection et Sécurité c/ Taine

⁴¹¹ Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273

estimé, dans l'exercice des pouvoirs d'appréciation qu'elle tient de l'article L. 122-14-3 du Code du travail, que la faute était suffisamment sérieuse pour justifier le licenciement ; que le moyen n'est pas fondé ; »⁴¹².

Lesdites restrictions vestimentaires imposées aux salariés sont justifiées car les salariés en question sont en contact avec la clientèle.

Pour les autres salariés, l'employeur peut interdire le port d'une tenue indécente.

La chambre sociale de la Cour de cassation a en effet jugé justifié le licenciement d'une salarié qui portait un chemisier transparent et qui a refusé à plusieurs reprises de porter un soutien-gorge.

Ladite tenue litigieuse ayant entraîné un trouble dans l'entreprise.

Une aide comptable venue travailler en chemisier transparent (sans rien en dessous)⁴¹³.

Liberté de religion :

412 L'employeur est en droit d'exiger l'exécution de son contrat de travail indépendamment des convictions religieuses du salarié.

L'entreprise se doit d'être protégée des comportements des salariés inspirés par leurs convictions religieuses.

« Maintenir la cohésion des équipes et la bonne marche de l'entreprise sans pour autant nier les convictions religieuses de ces salariés ».

Nous devons maintenant nous attarder sur le cas essentiel de l' *« Intérêt supérieur de l'enfant »* :

Les parents disposent du droit naturel d'élever leurs enfants, de les éduquer selon leurs propres convictions religieuses et de les soustraire à toute influence religieuse qu'ils n'approuvent pas. C'est au nom de ce droit naturel que des restrictions à la liberté religieuse du salarié peuvent être acceptées en entreprise. En effet, la crèche ou la halte garderie est un lieu de petite dimension où le personnel est en contact quotidien avec les enfants et les parents.

La CEDH admet : l'interdiction faite à une enseignante de porter un foulard islamique car elle était en charge d'enfants âgés de quatre à huit ans plus facilement influençables que des élèves plus âgés.

⁴¹² Cass. soc., 6 novembre 2001, n° 99-43.988

⁴¹³ Cass soc 22 juillet 2006, n° 82-43.824

Les enfants n'ont pas « à être confrontés à des manifestations ostentatoires d'appartenance religieuse »⁴¹⁴.

413 Le Respect des autres travailleurs peut aussi justifier l'admission de restrictions : l'envie de travailler dans un environnement religieusement neutre sans que ce soit le signe de préjugés racistes ou xénophobes.

L'expression religieuse tolérée en entreprise dès lors qu'elle respecte les libertés et croyances des autres salariés et qu'elle n'entrave pas l'exécution du contrat de travail.

Alcool :

414 Le Conseil d'Etat précise qu'il n'est pas possible pour l'employeur d'interdire totalement la présence d'alcool en entreprise⁴¹⁵ sauf situations de danger ou risque pour la santé et la sécurité des salariés.

Avant toute chose, il est important de rappeler que l'alcoolisme n'est pas un motif de sanction car il est relatif à l'état de santé du salarié situé à l'article L 1132-1 et suivants du Code de travail (principe de non discrimination). Ce sont les conséquences de l'alcoolisme du salarié dans l'entreprise qui peuvent engendrer des sanctions.

Le cas particulier des pots organisés en entreprise :

415 Des règles précises doivent être suivies par l'employeur pour organiser un pot en entreprise : une demande d'autorisation précisant la durée et les horaires du pot doit être effectuée.

L'employeur peut prévoir une personne à la distribution de l'alcool, afin d'éviter les dérives des salariés en se servant librement.

Ne pas prévoir une quantité importante de bouteilles et prévoir de la nourriture pour temporiser les effets de l'alcool.

Enfin, l'employeur peut mettre à la disposition des salariés un dispositif de taxis ou de salariés volontaires n'ayant pas bus afin de raccompagner les salariés en question.

Dans un arrêt du 26 juin 2012, le licenciement pour cause réelle et sérieuse de salariés ayant organisé un pot dans les locaux de l'entreprise a été validé.

⁴¹⁴ Affaire Baby Loup

⁴¹⁵ CE, 12 novembre 2012, n° 349365

En effet, le pot en question a eu lieu pendant les heures de travail, sans obtenir une autorisation de la direction, et « *en introduisant de l'alcool en violation du règlement intérieur* ». L'ancienneté des salariés était considérée comme une circonstance aggravante, car « *de nature à leur conférer une conscience accrue du danger lié à l'introduction et la consommation d'alcool à raison des machines utilisées dans l'entreprise* »⁴¹⁶.

Il existe en effet nombre de circonstances aggravantes, à savoir si le salarié est **cadre**⁴¹⁷ (licenciement pour faute grave d'un directeur d'agence régulièrement ivre après le déjeuner, ce qui risquait de ternir l'image de la société), si le salarié occupe un **poste à risques** (licenciement pour faute grave d'un convoyeur de fonds en état d'ébriété au cours de l'exercice de ses fonctions)⁴¹⁸. De plus, les hurlements, injures, ou violences sur le lieu de travail provenant de l'état d'ébriété d'un salarié constituent des circonstances aggravantes⁴¹⁹

416 Des circonstances atténuantes peuvent aussi être retenues, en effet, la faute grave peut être écartée lorsque « *l'état d'ébriété du salarié n'a pas eu de conséquences sur la qualité de son travail et le fonctionnement de l'entreprise* ». L'ancienneté du salarié et son absence d'antécédent viennent renforcer cette décision⁴²⁰.

De même, le licenciement d'un salarié n'est pas justifié lorsqu'il s'agit d'un fait isolé⁴²¹

Il est conseillé à l'employeur de ne pas licencier directement un salarié « dès le premier incident ». Celui-ci doit adopter une échelle de sanctions.

Les salariés doivent veiller à leur propre consommation ainsi que celles de leurs collègues⁴²².

Drogue :

417 La restriction en matière de drogue est plus difficile qu'en matière d'alcool. La prise de drogue n'est pas directement apparente contrairement à celle d'alcool.

En effet, l'introduction de la drogue en entreprise par le salarié peut être sanctionnée.

Qu'il s'agisse d'un fait isolé ou non, en effet, un salarié fumant un « *joint* » sur son lieu de travail pour la seule et unique fois peut être licencié⁴²³.

⁴¹⁶ Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-12.884

⁴¹⁷ Cass. soc., 9 février 2012, n° 10-19.496

⁴¹⁸ Cass. soc., 14 juin 1994, no 92-43.390

⁴¹⁹ Cass. soc., 17 octobre 1979, Bull. civ. V, no 733 et Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-43.823

⁴²⁰ Cass. soc., 8 juin 2011, n° 10-30.162

⁴²¹ Cass. soc., 24 février 2004, n° 02-40.290

⁴²² Bulletin 51, Mai 2015, article L 4122-1 du Code du travail

De même si ce « *joint* » est fumé pendant un temps d'escale entre deux vols par un personnel navigant commercial d'une compagnie aérienne. La Cour de cassation a retenu la faute grave car considère ce salarié comme « personnel critique pour la sécurité », n'ayant pas respecté les dispositions de son contrat de travail et faisant courir un risques aux passagers⁴²⁴.

Selon Marie HAUTEFORT, « *le fait de fumer du cannabis dans l'entreprise fait de toute évidence partie, pour les Hauts Magistrats, de ces comportements impardonnables qui justifient un licenciement pour faute grave dès la première fois qu'ils se produisent. Le cannabis est une substance illicite, cela suffit à caractériser la faute* ».

Un licenciement pour faute grave est justifié si le salarié vend de la drogue sur le lieu de travail⁴²⁵, ledit trafiquant encourt aussi des sanctions pénales (article 222-39 du Code pénal)⁴²⁶.

La jurisprudence actuelle rajoute que pour licencier un salarié ayant consommé de la drogue, il est nécessaire « *qu'il occupe un poste critique pour la sécurité* » : un salarié drogué n'est pas en pleine possession de toutes ses facultés (réflexes diminués, concentration défaillante, défaut de vigilance...) ce qui peut mettre en péril d'autres personnes. De plus, le règlement intérieur doit prévoir les modalités de contrôle au moyen de tests de dépistages que nous avons développé précédemment. Le résultat pouvant être contesté par le salarié.

Tabac :

418 Un salarié ayant fumé dans l'entreprise en raison d'une interdiction générale de fumer justifiée par la sécurité des personnes et des biens, dont il avait eu connaissance car figure dans le règlement intérieur⁴²⁷ commet une faute grave rendant impossible son maintien dans l'entreprise.

On retrouve ce cas par exemple pour les entreprises classés soumises à autorisation, pour laquelle le risque d'incendie avait été diagnostiqué. Afin de renforcer cette interdiction et de lutter contre les dérives des salariés, un arrêté préfectoral d'autorisation peut être édicté.

De même, le simple fait pour un salarié de fumer à proximité de ses collègues cause une atteinte à la « *sécurité des personnes* », il s'agit d'une faute grave dès lors que le salarié aura

⁴²³ Cass. soc., 1^{er} juillet 2008, n° 07-40.053. ca Aix en Provence, 9^{ème} chambre, 10 mai 2013, n° 11/16117

⁴²⁴ Cass. soc., 27 mars 2012, n° 10-19.915

⁴²⁵ Cass. soc., 17 octobre 2009

⁴²⁶ Le Lamy santé sécurité au travail, Sanctions en cas d'introduction de drogues illicites en entreprises 530-43

⁴²⁷ Cass. soc., 1^{er} juillet 2008 : M.X c/ SA Cartonneries de Gondardennes, pourvoi n° 06-46.421

imposé sa fumée à ses collègues, hors d'un espace spécialement réservé aux fumeurs, sans qu'il soit nécessaire de caractériser l'existence d'un risque d'incendie.

La conception large de la faute grave mise en œuvre par la jurisprudence met l'employeur en mesure de respecter l'obligation de sécurité de résultat qui pèse sur lui⁴²⁸.

419 Un barman a pris acte de la rupture de son contrat de travail au motif que son employeur l'avait laissé constamment exposé aux fumées de cigarettes des clients du personnel.

Il a introduit une demande de requalification de la prise d'acte en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Selon la Cour de cassation, l'employeur doit veiller au respect de l'interdiction de fumer, tant par les salariés que par les autres pers telles que des clients.

Il importe peu que des conséquences sur al santé soient avérées ou pas. Le non respect de cette obligation autorise le salarié à prendre acte de la rupture de son contrat de travail, lequel produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse⁴²⁹.

Il doit appliquer la législation anti-tabac dans son entreprise mais aussi la faire respecter⁴³⁰.

420 L'obligation de sécurité de résultat est le corollaire de la prévention des risques.

L'employeur est condamné sans que le salarié ait à prouver une atteinte à sa santé.

Le caractère automatique du manquement à l'obligation de sécurité est donc confirmé.

La tolérance de l'employeur se remarque à travers certains indices comme la présence de mégots dans un bureau⁴³¹.

L'employeur doit assurer l'effectivité de la réglementation anti-tabac, y compris lorsque le tabagisme provient des clients⁴³².

La faute grave peut paraître disproportionnée dans certains cas, étant donné que c'est celle qui par son importance empêche le maintien du salarié dans l'entreprise.

Sauf cas d'espèce, fumer près de produits inflammables, dans une station-service⁴³³ ...

⁴²⁸ Cahiers sociaux, 01 janvier 2015 n° 270, p. 5

⁴²⁹ Cass. soc., 6 oct. 2010, n° 09-65103 : X c/ Sté L'abbaye de Saint-Ermire

⁴³⁰ Cass soc 29 juin 2005, n° 03-44.412 : l'employeur n'avait pas satisfait aux exigences de la loi Evin

⁴³¹ Cons. Prud. Paris, 6 février 2014, n° 12/01583

⁴³² Cass. soc. 6 oct 2010, n° 09-65.103

⁴³³ Cass. soc. 1^{er} juillet 2008, n° 06-46.421

Restrictions non admises :

421 Dans un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 11 octobre 2001, n° 2001/00557, un employeur voulait interdire à une apprentie-serveuse de porter un piercing à l'arcade sourcilière.

La Cour d'appel a précisé que le port de ce piercing n'était pas incompatible avec l'exercice de ses fonctions, d'autant plus qu'il n'avait provoqué aucune réaction de la clientèle⁴³⁴.

Un salarié a été licencié pour avoir consommé de l'alcool sur son lieu de travail. Or, il s'agissait de sa première fois, la quantité d'alcool en question était faible, et que l'employeur a admis à plusieurs reprises l'introduction et la consommation de boissons alcoolisées sur le temps et le lieu de travail à l'occasion de fêtes et de réunions de fin d'année ou d'anniversaires. De ce fait la Cour de cassation dans un arrêt du 20 juin 2012 a estimé que ledit licenciement ne reposait pas sur une cause réelle et sérieuse.

Ce qui nous permet d'enchaîner avec l'appréciation du juge (B).

B. L'appréciation du juge

422 Le juge exige « *une justification au cas par cas de la pertinence et de la proportionnalité de la décision au regard de la tâche concrète du salarié et du contexte de son exécution, afin de démontrer que la restriction repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ».

La juges prennent en compte toutes ces considérations et en font une appréciation « in concreto ». En effet, ils prennent en compte d'autres éléments, à savoir le poste occupé, le contexte dans lequel le salarié travaille, les mœurs de l'époque et les modes y afférentes, si le salarié est en contact ou non avec la clientèle.

Si l'on prend l'exemple d'un salarié en état d'ébriété sur son lieu de travail, l'appréciation du juge va varier en fonction d'un certain nombre d'éléments, à savoir s'il s'agit d'un incident isolé ou non, la position hiérarchique du salarié, son ancienneté, ses fonctions.

Un employé administratif ne sera pas traité de la même manière qu'un chauffeur livreur manipulant des produits dangereux⁴³⁵.

⁴³⁴ CA Toulouse, 11 octobre 2001, n° 2001/00557

⁴³⁵ C. trav., art. R. 4228-20 ; D. no 2014-754, 1er juill. 2014, JO 3 juill.

423 Il est opportun de prendre exemple sur la solution allemande.

La cour fédérale préconise à l'employeur d'établir très concrètement l'intensité de cette atteinte, sous la forme de troubles à l'entreprise ou de pertes économiques. Il faut que les pertes économiques (qui proviennent de la perte de clients) se concrétisent effectivement.

Il faut ensuite vérifier que l'employeur ne disposait pas d'un autre moyen que le licenciement, en reclassant la salariée à un poste qui ne comporterait pas de contact avec la clientèle si nous prenons l'exemple de la liberté religieuse en entreprise avec le port du voile. L'employeur doit réussir à prouver qu'il lui eut été impossible de reclasser le salarié à un autre poste de l'entreprise. Le salarié quant à lui doit « indiquer, dans les grandes lignes, comment il se représente un emploi qui serait compatible avec ses convictions dans le cadre de l'organisation de l'employeur ».

Quant à la Grande Bretagne prend un compte un nouvel élément, en effet pour savoir si la décision de l'employeur est juste et proportionnelle, il est nécessaire de vérifier si le salarié a la possibilité de trouver un autre emploi.

Les juges se doivent « *d'opérer un contrôle très soigneux de l'équilibre entre les intérêts de l'employeur et des salariés* ».

424 Nous pouvons remarquer que le système européen est en avance sur la prise en compte centrale de la personne.

Mme EWEIDA : hôtesse de l'air, portait une croix autour du cou par-dessus son uniforme « en violation du code vestimentaire de l'entreprise »⁴³⁶.

De plus, selon la Cour, « *l'importance pour Mme EWEIDA de montrer que la religion est un élément central de sa vie et d'être en mesure de communiquer cette croyance aux autres pesait beaucoup plus lourd que l'intérêt de l'entreprise pour son image ou sa marque* ».

Elle a obtenu gain de cause car la Cour a considéré que la religion « est un élément central de sa vie et d'être en mesure de communiquer cette croyance aux autres pesait beaucoup plus lourd que l'I de l'entreprise pour son image ou sa marque ».

CEDH :

« *Le témoignage de foi correspond à une mission essentielle qui est de la responsabilité de chaque croyant* » alors que le prosélytisme « *en représente la corruption et la déformation et*

⁴³⁶ Eweida and others v United Kingdom

peut consister en des pressions abusives sur autrui pour le déterminer à adhérer ou non à une religion »⁴³⁷.

La Cour rajoute au sujet de la manifestation des convictions religieuses dans l'entreprise que l'impossibilité pour les juges d'affirmer seulement que le salarié qui ne se plie pas à la politique de l'entreprise est libre de chercher un autre emploi.

Les employeurs doivent se fonder sur des raisons très solides reposant sur l'intérêt de l'entreprise ou d'autres I légitimes pour assurer une proportionnalité sérieuse et raisonnable.

Le sacrifice de la vie privée du salarié n'est pas total, en effet, ce dernier est atténué par certains aménagements réalisés par l'employeur (§2).

§2 : Un sacrifice atténué grâce aux aménagements réalisés par l'employeur

425 Les demandes du salarié ne doivent pas perturber le bon fonctionnement de l'entreprise : à travers les demandes d'autorisations d'absences à l'occasion de fêtes religieuses, d'aménagements d'horaires, de création de lieux de prière dans l'enceinte de l'entreprise, les interdits et / ou exigences alimentaires.

L'employeur a la faculté de répondre favorablement à ces demandes mais n'y est pas obligé.

Il n'a aucune obligation particulière⁴³⁸.

Il peut la refuser si celle-ci remettrait en cause le bon fonctionnement de l'entreprise en question.

Les aménagements de l'employeur sont de deux ordres, tout d'abord spatiaux et temporels (A), puis cela entraînera une adaptation du règlement intérieur (B).

A. Les aménagements spatiaux et temporels

426 En premier lieu, certaines entreprises mettent en place des aménagements spatiaux.

Tout d'abord, l'employeur doit informer le salarié de l'interdiction de fumer en entreprise : par affichage dans le règlement intérieur, de nombreux panneaux disposés dans l'entreprise,

⁴³⁷ CEDH, 25 mai 1993, Vincent BERGER : arrêt rendu à propos d'un témoin de Jéhovah

⁴³⁸ Délib. Halde / ancien Défenseur des Droits, n° 2009-117, 6 avr 2009

une note interne de rappel mentionnant les sanctions en cas de non respect à cette interdiction. Il doit signaler cette interdiction de fumer de manière visible.

De plus, il doit prévoir des espaces fumeurs dans l'entreprise, les règles régissant ces espaces sont draconiennes.

Il existe une possibilité de fumer en entreprise si celle-ci possède une terrasse dominant la ville, aussi dans la cour intérieure de l'entreprise car il ne s'agit pas d'un lieu clos et fermé.

Quels sont les aménagements possibles ?

Une salle close, affectée à la consommation exclusive de tabac, peut être prévue à cet effet, elle doit être interdite aux moins de 16 ans et doit respect les normes suivantes :

- être équipé d'un dispositif d'extraction d'air par ventilation mécanique,
- être doté de fermetures au plus égale à 20% de la superficie totale de l'établissement au sein duquel ils sont aménagés sans dépasser 35 m.

L'employeur doit réaliser un entretien régulier de ladite pièce, et particulièrement en renouvelant l'air.

La consultation du CHSCT doit être prévue à cet effet à l'article R 3511-5 C de la santé publique.

Selon la chambre sociale de la Cour de cassation, il n'est pas nécessaire pour l'employeur de prévoir des mesures d'accompagnement aux salariés pour les aider à cesser de fumer, il n'est ni un service médical ni social⁴³⁹.

Mais aussi, l'installation d'espaces réservés aux salariés vapoteurs :

Des « *coins vapoteurs* » pour les salariés doivent être mis en place.

Ces espaces doivent être distincts des éventuels fumeurs.

Certaines entreprises commencent à être conciliantes en aménageant des salles de prières pour les salariés désirant exercer leur religion.

427 En second lieu, les entreprises peuvent aussi prévoir certains aménagements temporels.

En effet, les salariés peuvent demander des congés pour les fêtes religieuses.

Le Code du travail : mentionne les fêtes légales qui correspondent aux fêtes chrétiennes :

⁴³⁹ Cass. soc., 1^{er} juillet 2008, M.X c/ SA Cartonneries de Gondardennes (pourvoi n° 06-46.421)

Le 1^{er} Janvier (« *fête de la circoncision de Notre Seigneur* » avant la réforme de la liturgie par Paul VI pour les catholiques et encore aujourd'hui pour les orthodoxes), le lundi de Pâques, l'ascension, le lundi de Pentecôte, l'assomption, la Toussaint et Noël.

Les autorisations ne sont pas assurées pour les membres des confessions minoritaires, contrairement au droit italien (par exemple). Cela relève de la décision discrétionnaire de l'employeur.

Sous l'impulsion du Défenseur des droits⁴⁴⁰, l'employeur peut autoriser un (ou des) jour(s) d'absence pour fête religieuse, en acceptant que le salarié pose un jour de congé ou de RTT, « *sous réserve des nécessités du service* ».

L'employeur a la faculté de répondre favorablement à ces demandes mais n'y est pas obligé. Il n'a aucune obligation particulière.

Le refus de l'employeur ne doit être ni discriminatoire, ni relever de l'excès de pouvoir et doit justifier ce refus par « *des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* »⁴⁴¹ comme la remise en cause du bon fonctionnement de l'entreprise en question.

Par ex, la réception d'une livraison importante le jour de l'Aïd peut justifier le refus de l'employeur d'autoriser l'absence d'une salariée musulmane ce jour là ⁴⁴².

En cas de refus, le salarié est tenu de respecter la décision de l'employeur.

La convention collective ou l'accord d'entreprise peuvent prévoir des autorisations d'absence en cas de cérémonies ou fêtes religieuses : régime dérogatoire en matière de pratique religieuse.

Par exemple, un salarié travaillant comme agent d'entretien dans un office d'HLM a demandé de s'absenter tous les vendredis de quatorze heures à quinze heures pour aller effectuer sa prière.

Son employeur a refusé arguant les nécessités de fonctionnement du service.

La Haute Juridiction administrative a estimé que cette décision n'a pas porté une atteinte manifestement illégale à la liberté de religion car « les horaires de travail de l'intéressé, comportant des places de liberté le vendredi, lui permettaient de pratiquer sa religion sans qu'il soit nécessaire d'apporter les aménagements souhaités » (CE, 16 fév. 2004, n° 264314)

Le salarié ne peut pas se servir de la liberté religieuse dont il est le créancier en entreprise pour refuser d'exécuter certaines tâches, ne pas se rendre à une visite médicale.

⁴⁴⁰ Délibération HALDE n° 2007-301, 13 nov 2007, Liaisons soc. 31 janv. 2008, bref n° 15047

⁴⁴¹ Délib. Halde n°2007-301, 13 novembre 2007 ; Délib. Halde n° 2009-117 du 6 avril 2009

⁴⁴² Cass soc 16 décembre 1981, n° 74-41.300P)

Les salariés peuvent faire leur prière pendant la pause cigarette des autres, mais il ne faut pas que ça remplace son travail ou que ça stoppe une réunion

428 Lesdits aménagements doivent rester en conformité avec le Code du travail, les accords d'entreprise et la convention collective.

Par exemple, une demande d'aménagement d'horaire pendant le ramadan a été refusée si le salarié travaille plus de six heures d'affilée sans pause.

De même pour la règle du repos dominical, qui doit être scrupuleusement respectée.

Une fois ces aménagements réalisés, il est nécessaire de les concrétiser via l'adaptation du règlement intérieur (B).

B. L'adaptation du règlement intérieur

429 Le règlement intérieur « fixe notamment les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement ».

En effet, selon l'article L 1321-1 du Code du travail :

« Le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement :

1° Les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement, notamment les instructions prévues à l'article L. 4122-1 ;

2° Les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement de conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité des salariés, dès lors qu'elles apparaîtraient compromises ;

3° Les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur. »

430 De plus, si l'on reprend l'article L 1121-1 du Code du travail, l'employeur ne peut introduire dans le règlement intérieur des dispositions qui seraient contraires aux lois et règlements ou qui porteraient atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles des salariés, non justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché (article L 1321-3 du Code du travail).

Nous pouvons donc en déduire que si et seulement si la mesure de l'employeur est « justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché », alors la liberté de se vêtir du salarié pourra être restreinte.

Le règlement intérieur peut prévoir les sanctions à infliger au salarié en cas d'abus dans l'exercice de leurs libertés individuelles. Il doit donc être bien rédigé.

431 Au sujet de la liberté vestimentaire, les employeurs ont tendance à vouloir contrôler la tenue vestimentaire de leurs salariés, en imposant leur volonté dans le règlement intérieur, mais aussi dans des codes d'entreprises, des brochures (brochure Eurodisney Look par exemple), des consignes générales ou encore des notes de la direction.

Mais il est matériellement impossible pour une entreprise de lister tous les interdits vestimentaires d'autant plus que certains d'entre eux relèvent de la coutume de l'entreprise.

L'employeur a aussi la possibilité d'imposer un uniforme ou une tenue particulière pour ses salariés, à travers un texte législatif ou réglementaire, un accord collectif, le règlement intérieur ou même le contrat de travail.

Cette tenue imposée peut faire l'objet d'un contrôle de la part des juges.

Lorsque cette obligation est légale ou réglementaire, les juges vérifient que les textes et ses conditions ont bien été respectés.

Prenons l'exemple des entreprises de sécurité, il figure ainsi dans le Code de la sécurité intérieure que « les personnels des entreprises de surveillance, gardiennage et transport de fonds, ainsi que ceux des entreprises comportant un service interne de sécurité (comme la RATP) doivent revêtir, dans l'exercice de leurs fonctions, une tenue qui ne doit pas prêter à confusion avec les uniformes des services de police ».

Ils se doivent d'être reconnaissables pour toutes les situations. (art R 613-1 C. séc. int.)

Puis, au sujet de la liberté religieuse, le règlement intérieur ne doit contenir aucune disposition discriminant les salariés dans leur travail en raison notamment de leurs convictions religieuses : article L 1321-3 du Code du travail.

Le règlement peut apporter des réserves concernant le port de signes religieux en entreprise, lorsqu'elles sont justifiées « *par la nature de l'activité* », fondées sur des « *exigences de sécurité, de santé et d'hygiène inhérentes aux fonctions exercées par le salarié ou de l'image de l'entreprise* ».

432 Au niveau du règlement intérieur :

L'employeur ne peut inscrire dans le règlement intérieur des restrictions aux libertés que si elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché, L'employeur doit éviter les formules d'interdits trop généraux, comme par exemple l'interdiction totale de discussions d'ordre religieuses⁴⁴³.

En effet, selon la Halde (ancien Défenseur des Droits)⁴⁴⁴ : une interdiction générale et absolue du port de tout signe religieux dans le règlement intérieur serait disproportionnée.

433 Un règlement intérieur édictant une interdiction totale de fumer dans l'entreprise porte une atteinte excessive aux droits et libertés individuelles, l'employeur doit aménager des espaces fumeurs dans l'entreprise

C'est l'entreprise AREVA qui a inscrit dans son règlement intérieur que l'interdiction de fumer s'étendait à la cigarette électronique avant que le projet de loi sur l'interdiction de la cigarette électronique en entreprise ne soit voté en avril 2015. La Direccte ayant estimé qu'il ne pouvait être conclu à l'absence de risque pour la santé et l'environnement⁴⁴⁵.

434 Quant à l'alcool, l'article R 4228-20 alinéa 2 du Code du travail affirme que :

« [...] »

Lorsque la consommation de boissons alcoolisées, dans les conditions fixées au premier alinéa, est susceptible de porter atteinte à la sécurité et la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur, en application de l'article L. 4121-1 du code du travail, prévoit dans le règlement intérieur ou, à défaut, par note de service les mesures permettant de protéger la santé et la sécurité des travailleurs et de prévenir tout risque d'accident. Ces mesures, qui peuvent notamment prendre la forme d'une limitation voire d'une interdiction de cette consommation, doivent être proportionnées au but recherché ».

Le règlement intérieur paraît être un « support idéal pour fixer les règles relatives à l'alcool dans l'entreprise ».

Un décret du 1^{er} janvier 2014 autorise l'employeur à réglementer la consommation de boissons alcoolisées à travers le règlement intérieur, en la limitant. Cette restriction peut

⁴⁴³ CE 25 janvier 1989, n° 64296

⁴⁴⁴ Délib Halde n° 2008-32 du 3 mars 2008

⁴⁴⁵ Cah. Soc., juin 2014, p. 346 n°113v1

même concernent les boissons alcoolisées autorisées par le Code du travail si une atteinte à la sécurité et à la santé physique et mentale des salariés est encourue⁴⁴⁶.

« L'employeur qui a interdit la consommation d'alcool dans le règlement intérieur est tout à fait en droit de sanctionner les salariés qui contreviennent à cette interdiction ».

435 Enfin et à l'inverse de la consommation d'alcool, il est légitime pour l'employeur d'interdire strictement l'introduction de drogue sur les lieux de travail à travers le règlement intérieur.

« Une interdiction générale pourrait se justifier au regard des fonctions exercées (sécurité des personnes, manipulation de produits dangereux, conduite de véhicule...) ou de l'activité de l'entreprise (installations dangereuses...) »⁴⁴⁷.

Le défenseur des droits a émis certains conseils à cet effet, comme :

- une rédaction plus précise dans le règlement intérieur afin d'éviter une interdiction générale et absolue,
- l'élaboration d'un dialogue de ces modalités avec les intéressés, afin de concilier au mieux leurs convictions avec ceux de l'entreprise

Un contrat représentant la loi des parties, il peut donc s'avérer que le comportement du salarié soit guidé par l'inscription de certaines clauses choisies dans son contrat de travail (Section 2).

⁴⁴⁶ C. trav., art. R. 4228-20, al. 2 nouv. ; D. no 2014-754, 1er juill. 2014, JO 3 juill.

⁴⁴⁷ Pratiques addictives au travail, Les Cahiers du DRH 2012 – n° 187 du 05/2012

Section 2 : Le comportement du salarié guidé par son contrat de travail

436 Les contrats exposent les droits de la personne à un risque, ils instaurent tout d'abord un lien de subordination juridique entre l'employeur et le salarié, qui confère à l'employeur un pouvoir de direction sur son salarié. Ce pouvoir de direction en question est susceptible de porter atteinte aux droits et libertés individuelles du salarié.

Nous assistons donc à un conflit entre « *la vision de l'employeur de l'intérêt de l'entreprise et l'exercice par les salariés des droits inhérents à leur personne* ».

Pouvons – nous parler d'une « bataille » des libertés fondamentales ? A savoir la liberté d'entreprendre face au droit au respect à la vie familiale ?

Il existe deux sortes de contrats de travail, ceux qui s'imposent dans les entreprises « classiques » (Sous-section 1), et les autres c'est-à-dire ceux qui s'imposent dans les entreprises de tendance (Sous-section 2).

Sous-section 1 : L'élaboration de clauses restrictives de la vie privée du salarié dans son contrat de travail dans une entreprise « classique »

437 Certains employeurs tentent de prévenir les futurs problèmes liés à la vie privée du salarié en rédigeant certaines clauses au préalable dans le contrat de travail du salarié.

Certaines clauses peuvent être rédigées en faveur de l'exercice de la religion du salarié en entreprise, en lui accordant par exemple au préalable certains moments d'absences.

Mais aussi rédigées en restreignant encore plus la liberté du salarié, ainsi comme le précise Philippe WAQUET, le salarié « *peut même s'engager à respect dans sa vie privée, au for externe, la doctrine et la morale de l'Eglise catholique, notamment en ce qui concerne le caractère indissoluble du mariage* »⁴⁴⁸.

Ces clauses ne peuvent « apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché »(article L 1121-1 du Code du travail).

⁴⁴⁸ cité par Ph Waquet ; Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance op. cit.

438 Selon la jurisprudence : les convictions religieuses n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail, sauf clause expresse stipulée dans ledit contrat.

Si le salarié souhaite bénéficier d'un régime particulier afin de concilier la religion et le travail il peut en faire la demande à l'employeur en négociant son contrat.

L'employeur peut accepter cette demande tacitement ou à travers la rédaction d'une clause expresse (clause protectrice de la liberté religieuse du salarié).

Cela devient un élément du contrat de travail ne pouvant plus être modifié sans le consentement du salarié.

Ou alors, les parties au contrat peuvent insérer une clause restrictive de la liberté à la vie privée du salarié :

Les parties peuvent décider de prévoir une clause restreignant un point de la vie privée du salarié qui est « habituellement voué à demeurer extérieur à l'accord des volontés »⁴⁴⁹.

La clause en question est valable à certaines conditions : le non-respect de la clause doit « affecter le bon déroulement de la relation contractuelle ».

Prenons l'exemple d'une association de lutte contre le tabagisme, celle-ci semble avoir toute légitimité pour exiger dans les contrats de travail de ses salariés que ceux – ci ne fument pas en public. En effet, est mise en jeu « la crédibilité de l'association ».

De plus, un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation précise qu'un club sportif professionnel pouvait exiger de ses salariés qu'ils entretiennent une « certaine hygiène de vie même en dehors des jours de compétition et des heures d'entraînement »⁴⁵⁰.

Il advient du rôle du juge de vérifier que « *la conduite extraprofessionnelle reprochée au salarié est bel et bien incompatible avec la nature de ses fonctions, donc fait obstacle à la poursuite de l'exécution du contrat* »⁴⁵¹.

439 Il faut retenir que les droits fondamentaux considérés comme essentiels ne peuvent faire l'objet de clauses restrictives, tels : la liberté syndicale (interdiction d'appartenir à tel ou tel syndicat), la liberté politique (obligation de votes pour tel parti ou tel candidat). De telles clauses seraient frappées de nullité car contraires à l'ordre public.

440 Au sujet de la clause de mobilité, celle-ci se situant dans le contrat de travail se doit d'être un élément obligatoirement porté à la connaissance du salarié⁴⁵².

⁴⁴⁹ Fages B., Le comportement du contractant, PUAM, 1997, nos 342 à 388

⁴⁵⁰ Cass. soc., 3 juin 2009, no 07-44.513, D. 2010, p. 407, obs. Karaa S

⁴⁵¹ Cass. soc., 3 juin 2009, no 07-44.513, D. 2010, p. 407, obs. Karaa S

Si l'employeur pense qu'en vertu des intérêts de l'entreprise le lieu de travail d'un salarié peut changer, les deux parties doivent le prévoir à l'avance lors de la conclusion du contrat de travail avec l'insertion d'une clause de mobilité.

Rappelons que pour conclure un contrat de travail, il est nécessaire d'obtenir l'accord des deux parties, celui-ci étant fondé sur la liberté contractuelle.

De ce fait, l'employeur ne peut pas « *faire référence à une clause de mobilité qui n'aurait pas été préalablement inscrite au contrat et librement débattue entre les contractants* »⁴⁵³.

En général, la clause de mobilité est inscrite au contrat de travail lors de sa conclusion.

Mais celle-ci peut être annexée en cours d'exécution du contrat, cela constituera une modification du contrat de travail, soumise à l'acceptation du salarié⁴⁵⁴.

En vertu de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 et de la loi de modernisation du marché du travail n° 2008-596 du 25 juin 2008, le terme « *mobilité* » est définie comme « *la possibilité d'évolution de carrière et de promotion sociale des salariés* » et « *une protection contre la perte d'emploi* ».

441 Soulignons qu'il existe deux sortes de mobilité : la mobilité **géographique** et professionnelle.

Cette dernière correspond au fait de « *pouvoir quitter le secteur public pour intégrer le secteur privé et inversement (...) tout en bénéficiant d'une continuité de ses droits* »⁴⁵⁵.

La mobilité peut être à l'origine du salarié comme de l'employeur. En effet, un salarié peut décider de changer de carrière, de s'orienter vers une autre activité, de créer sa propre entreprise, il s'agit essentiellement d'une mobilité professionnelle.

Alors que la mobilité à l'initiative de l'employeur est en majorité « géographique » « pouvant s'accompagner d'une mobilité professionnelle ».

Quant à la clause de domicile, la Cour de cassation précise en 1999, au regard de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que « *toute personne a droit au respect de son domicile ; le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit* »⁴⁵⁶. Exceptionnellement et en vertu de l'article L 1121-1 du Code du travail, un employeur peut imposer à un salarié via une clause de domicile

⁴⁵² Directive du 14 octobre 1991

⁴⁵³ Droit des relations sociales au travail, Martine Meunier-Boffa

⁴⁵⁴ Cass. soc., 18 mars 1997 : JurisData n° 1997-005794

⁴⁵⁵ Ibid

⁴⁵⁶ Cass. soc., 12 janv. 1999 : Juris-Data n° 1999-000086 ; Dr. soc. 1999, p. 287, note J.-E. Ray

ou de résidence des « restrictions au libre choix de son domicile si elles sont justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but recherché »⁴⁵⁷.

En effet, une clause de domicile a été considérée comme nulle concernant des employés d'immeuble, étant donné qu'ils pouvaient exécuter « les tâches qui leur sont confiées tout en résidant à l'extérieur des lieux de travail »⁴⁵⁸. De même pour un avocat soumis à une clause contractuelle qui lui imposait de fixer son domicile au même lieu que le cabinet en s'appuyant sur « *la seule nécessité d'une bonne intégration de l'avocat dans l'environnement local* »⁴⁵⁹.

442 Il est nécessaire de préciser qu'une différence de régime a lieu entre la clause de mobilité et la clause de résidence.

En effet, la **clause de résidence** portant directement atteinte au droit de choisir son domicile, celle-ci est **a priori illicite**.

Alors que la **clause de mobilité** est a contrario **a priori licite**, même si elle impose au salarié de « *changer de domicile ou de vivre loin de sa famille* ».

Les clauses de mobilité et de résidence connaissent une procédure particulière (§1), qui sont soumises à un certain contrôle (§2).

⁴⁵⁷ Cass. soc., 28 févr. 2012, n° 10-18.308 : JurisData n° 2012-003036 ; JCP S 2012, 1244, note G. Loiseau

⁴⁵⁸ Cass. soc., 13 avr. 2005 : Bull. civ. 2005, V, n° 134 ; JurisData n° 2005-028036 ; RJS 2005, n° 708 ; Dr. soc. 2005, p. 909, note J. Savatier – Cass. soc. 12 nov. 2008 : JurisData n° 2008-046042 ; JCP S 2009, 1111, note B. Bossu

⁴⁵⁹ Cass. soc., 12 juill. 2005 : JurisData n° 2005-029503 ; JCP S 2005, 1209, note P.-Y. Verkindt ; RJS 2005, n° 1048 ; Dr. soc. 2005, p. 1037, note J. Barthélémy. – Cass. 1re civ., 7 févr. 2006 : JurisData n° 2006-032055 ; JCP S 2006, 1256, note P. – Y. Verkindt ; RJS 2006, n° 638

§1 : La procédure d'élaboration des clauses de mobilité et de résidence : en faveur du respect de la vie privée et familiale du salarié

Certaines règles précises doivent être respectées lors de l'élaboration des clauses de mobilité et de résidence (A), seulement, nous allons voir que la clause de mobilité possède certaines règles particulières (B).

A. Le respect de règles précises lors de l'élaboration des clauses de mobilité et de résidence

443 C'est la jurisprudence qui précise les critères de la clause de mobilité.

Plusieurs arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation précisent que la clause de mobilité doit « *définir de manière précise sa zone d'application géographique* » et « *ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée* ».

Elle doit être acceptée de manière « *claire, non équivoque et soumise à l'accord du salarié* »⁴⁶⁰. « *Elle ne peut couvrir l'ensemble du territoire national* »⁴⁶¹.

444 La clause de mobilité doit définir de « *façon précise sa zone géographique d'application et ne peut conférer à l'employeur d'en étendre unilatéralement la portée* »⁴⁶².

En vertu de ses pouvoirs de direction, l'employeur fait appliquer la clause de mobilité figurant au contrat de travail de son salarié, de ce fait, ce dernier se doit de donner son accord.

De plus, l'employeur ne peut pas sans l'accord du salarié «étendre unilatéralement la portée » de ladite clause. Sinon il commettrait « *un abus de droit* » légitimant le refus du salarié⁴⁶³.

D'autre part, pour qu'une clause de mobilité soit valide, il doit être précisé sur le contrat de travail du salarié sa limitation géographique. Celui-ci se doit de connaître à l'avance « *les limites de son engagement* »⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ Cass. soc., 7 juin 2006 : Bull. civ. 2006, V, n° 209 ; JurisData n° 2006-034030 ; JCP S 2006, 1917, note B. Bossu ; Dr. soc. 2006, p. 926, note F. Favennec-Héry. – Cass. soc., 14 oct. 2008 : Bull. civ. 2008, V, n° 191 ; JurisData n° 2008-045381 ; JCP S 2008, 1668, note B. Bossu

⁴⁶¹ Cass. soc., 21 février 2007, n° 05-45319, Mme X c/ Sté Antésite. ; Cass. soc., 28 mars 2006, n° 04-41016, Mme C c/ Sté CSF. ; Cass. soc., 7 juin 2008, n° 04-45846, M. X c/ Assoc. Interprofessionnelle d'aide à la construction AIAC

⁴⁶² De la clause de mobilité devant la Chambre sociale, Cahiers sociaux, 01 janvier 2009 n° 206, p. 3

⁴⁶³ Cass. soc., 17 juillet 2007, n° 04-45846, M. X c/ Assoc. Interprofessionnelle d'aide à la construction – AIAC. ; Cass. soc., 21 février 2007, n° 05-45319, M. X c/ Sté SAS Développement

⁴⁶⁴ Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200 : JurisData n° 2009-049560 ; Bull. civ. 2009, V, n° 191 ; JCP S 2009, 1535, note S. Béal et P. Klein

445 Trois principes essentiels régissent la mise en œuvre de la clause de mobilité, à savoir :

- en vertu de l'article L 1121-1 du Code du travail : « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

Par droits et libertés individuelles, nous entendons « vie privée et familiale du salarié ».

La mise en œuvre de cette clause ne doit donc pas porter atteinte à la vie privée et familiale du salarié.

- afin de mettre en œuvre la clause de mobilité en question, l'employeur se doit tout d'abord d'en référer au salarié, d'obtenir son accord et lui préciser qu'il dispose pour ce faire d'un « délai de prévenance »,

- enfin, il faut savoir qu'un salarié qui refuse l'application de la clause de mobilité inscrite à son contrat de travail s'expose **en principe** à un licenciement pour faute grave.

Ces trois points essentiels seront développés dans les paragraphes suivants.

446 La clause de domicile étant un des attributs du droit au respect du domicile⁴⁶⁵, son insertion dans le contrat de travail du salarié porte nécessairement atteinte au droit de toute personne de « *choisir le lieu de son domicile* »⁴⁶⁶.

Afin que cette clause soit licite, elle doit être justifiée par des « *motifs professionnels légitimes en rapport avec l'emploi exercé* ».

De plus, elle doit être pertinente et proportionnée⁴⁶⁷.

Si l'on suit une analyse restrictive de la doctrine selon laquelle, la liberté de choix du domicile est un principe d'ordre public (protégée par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par l'article 9 du Code civil), de ce fait aucune clause ne saurait y déroger (art 6 du Code civil).

En vertu de cette thèse les clauses de résidences « *paraissent devoir être irrémédiablement condamnées* ».

⁴⁶⁵ Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 96-40.755 : Juris-Data n° 1999-000086 ; Bull. civ. 1999, V, n° 7 ; D. 1999, p. 645, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly

⁴⁶⁶ Cass. soc., 12 juill. 2005, n° 04-13.342 : Juris-Data n° 2005-029503 ; Bull. civ. 2005, V, n° 241 ; RTD civ. 2006, p. 109, obs. J. Mestre et B. Fagès

⁴⁶⁷ CA Poitiers, 23 oct. 2001 : Bull. inf. C. cass. 15 nov. 2003, n° 587. – Cass. soc., 13 avr. 2005 : Dr. soc. 2005, p. 809, note J. Savatier

C'est sans compter sur l'article L 1121-1 du Code du travail, qui autorise une restriction aux droits et libertés fondamentales de l'individu si elle est « *justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché* ».

C'est le fameux arrêt Spileers du 12 janvier 1999 qui précise dans quel cas l'atteinte à la vie privée du salarié peut être acceptée : « *Toute personne a droit au respect de son domicile ; le libre choix du domicile personnel est l'un des attributs de ce droit ; une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché* »⁴⁶⁸.

Nous allons donc enchaîner sur le cas particulier de la clause de mobilité (B).

B. Le cas particulier de la clause de mobilité : un accompagnement du salarié dans sa démarche de mobilité : un respect de sa vie privée et familiale renforcé

447 L'employeur doit soutenir son salarié dans cette démarche de mobilité, afin qu'il la considère comme un « avantage » et non un « inconvénient ».

La problématique relative à la mise en œuvre de la clause de mobilité face aux droits des salariés et en particulier leur droit au respect de leur vie privée a fait couler beaucoup d'encre.

Tout d'abord, un employeur qui décide de faire application de la clause de mobilité géographique situé dans le contrat de travail de son salarié se doit de l'accompagner dans cette démarche. Pour ce faire, il doit faire intervenir les « partenaires sociaux » compétents afin de faciliter les démarches du salarié mais aussi de sa famille dans un respect de la vie privée et familiale de ce dernier.

Plusieurs mesures peuvent être réalisées par les partenaires sociaux dans cet objectif, à savoir :

- la visite du futur lieu de travail du salarié,
- les aides au déménagement, à la recherche de logement, à l'achat ou la location de voiture, l'obtention du permis de conduire, la recherche d'un établissement scolaire,
- l'aide à la recherche d'emploi pour le conjoint. Ce dernier qui démissionne pour « convenances personnelles », voit la rupture de son contrat de travail assimilée à un

⁴⁶⁸ Cass. Soc. 12 janvier 1999, pourvoi n° 96-40.755

licenciement pour les ASSEDIC et les différentes aides à la reprise d'une activité qui le prennent en charge.

- les organisations professionnelles et interprofessionnelles territoriales doivent passer des conventions avec les organismes d'aide à la mobilité qui devront faire connaître aux entreprises et à ses salariés les mesures en vigueur, à savoir le crédit d'impôt, le 1% logement, les loca-pass et mobili-pass.

448 Deux dispositifs d'accompagnement du salarié soumis à une mobilité sont prévus. A savoir, la période expérimentation – mobilité et la période intégration de la mobilité au parcours professionnel.

Le premier dispositif permet au salarié en question de retrouver son ancien emploi en cas de non adaptation.

Le deuxième, quant à lui permet d'assurer le respect de la vie privée et familiale du salarié.

En effet, il prévoit la « *compatibilité entre l'activité professionnelle soumise à l'impératif de la mobilité géographique et vie familiale, en particulier lorsque les enfants sont scolarisés* ».

L'employeur se doit d'appliquer ces dispositifs, notamment le second permettant au salarié de concilier plus facilement sa vie privée et familiale avec sa nouvelle vie professionnelle.

Cet objectif de respect de la vie privée et familiale du salarié est désormais pris en compte par les pouvoirs publics qui en font une **priorité**. En effet, il est présent au sein du rapport « *Identifier les conditions de pérennisation de garde d'enfants innovants* », Délégation interministérielle à la famille, 9 avril 2008 mais aussi la Charte de parentalité en entreprise : portail du gouvernement, Premier ministre, site du ministère du Travail : ministre du Travail et des Affaires sociales et secrétaire d'Etat à la famille, Rubrique « *famille* », 11 avril 2008.

449 Les partenaires sociaux se doivent donc d'assurer « *la conciliation de la vie professionnelle et personnelle* » du salarié.

Ils doivent tracer des cercles géographiques, en accord avec le respect de la vie personnelle et familiale du salarié (article L 2242-22 du Code du travail).

Il serait judicieux de réaliser différents cercles en fonction de la situation du salarié, à savoir s'il est marié (ou pacsé), célibataire, selon qu'il a à sa charge un ou plusieurs enfants...

Ils réalisent aussi de nombreuses mesures d'accompagnement comme la participation aux frais de déménagement ou aux intérêts liés au changement de domicile, voyage découverte ou de reconnaissance, frais de garde ou recherche d'établissement scolaire...).

L'accord pourrait prévoir d'autres mesures en faveur du salarié à savoir, obliger l'employeur à « *coordonner la mobilité du salarié avec les périodes scolaires* » pour les salariés parents d'enfants scolarisés.

Une fois les règles de ces clauses établies, il est nécessaire de décrire leur procédure de contrôle (§2).

§2 : Le contrôle rigoureux de l'application des clauses de mobilité et de résidence : un respect de la vie privée et familiale du salarié renforcé

450 En appliquant la clause de mobilité du contrat de travail, l'employeur modifie le lieu de travail du salarié. Cette disposition contractuelle est donc considérée comme « sensible ».

Elle est par conséquent placée « *sous très haute surveillance par la Cour de cassation* »⁴⁶⁹.

La gestion de la clause de mobilité doit reposer sur une « *recherche d'équilibre des intérêts en présence* », à savoir ceux de l'employeur (intérêt de l'entreprise), et du salarié (le droit au respect de la vie familiale). Il s'agit pour les praticiens du droit de réussir « *à jouer les équilibristes* »⁴⁷⁰. Le contrôle effectué par la Cour de cassation au niveau des clauses de mobilité mais surtout de domicile est réalisé avec beaucoup de rigueur.

Certains auteurs précisent même que l'application de ces clauses est soumise à une « *police jurisprudentielle* »⁴⁷¹

Une restriction légitime suppose une double démonstration selon le professeur Philippe WAQUET, à savoir :

- l'une relative aux « *particularités de la tâche que doit accomplir le salarié* »,
- l'autre relative à l'établissement des « *intérêts légitimes de l'entreprise* ».

Cette mesure devant être proportionnée.

451 Mais qu'est ce que la proportionnalité ?

Dans quels cas pouvons-nous dire qu'une atteinte est proportionnée et donc susceptible de justifier une restriction d'une liberté du salarié ?

⁴⁶⁹ Cass. soc., 14 oct. 2008 : Bull. civ. 2008, V, n° 192 ; JurisData n° 2008-045383 et n° 2008-045382 ; JCP G 2008, II 10201, note D. Corrigan-Carsin

⁴⁷⁰ Mobilité : le nécessaire équilibre des intérêts en présence, Etude par Arnaud Martinon, professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Paris I), utilise l'expression « équilibriste »

⁴⁷¹ J. Pélessier, A. Supiot, A. Jeammaud, Droit du travail : Dalloz, 22e éd., 2004, p. 209

Les auteurs Barège et Bossu ont précisé les critères de la proportionnalité :

- critère de pertinence,
- critère de nécessité : caractère « *indispensable des mesures prises ou envisagées* » : vérifier si l'objectif de l'employeur en appliquant cette clause peut être obtenu avec un autre moyen « *plus respectueux de la liberté* »,
- vérifier que « *la gravité* » des effets de la mesure choisie n'est pas « disproportionnée par rapport au résultat escompté »⁴⁷².

La mise en œuvre de la clause de mobilité du salarié par l'employeur peut se trouver abusive (A), il est dans certains cas difficile pour l'employeur d'élaborer un intérêt légitime à son égard, afin de justifier la mise en œuvre de ladite clause (B).

A. L'abus dans la mise en œuvre de la clause de mobilité par l'employeur : l'atteinte à la vie privée du salarié

452 La question de l'application de la mobilité « *atteint* » d'autres intérêts, en particulier la vie privée du salarié et par extension sa vie familiale.

Un changement du lieu de travail peut entraîner pour le salarié une désorganisation de sa vie famille, des conséquences sur l'entente du couple, la scolarité des enfants, l'assistance à des proches parents âgés, les attaches extraprofessionnelles... etc. En exerçant son pouvoir de direction, l'employeur se doit de prendre en considération la vie privée du salarié.

Si l'on suit la théorie contractuelle selon laquelle « *est équilibré ce qui a été décidé par les parties* », la clause de mobilité ne serait soumise à aucun contrôle, et la vie privée du salarié ne serait pas protégée.

453 Comme il a été précisé précédemment, un salarié qui refuse de se soumettre à la clause de mobilité souscrite au sein de son contrat de travail commet une faute grave.

C'est « *la volonté délibérée du salarié de se soustraire à son obligation contractuelle qui est susceptible de caractériser une faute grave* ». Mais la Cour de cassation a précisé que le **refus en lui même** « *par un salarié dont le contrat de travail contient une clause de mobilité de la modification de son lieu de travail constitue en principe un manquement à ses obligations contractuelles qui ne caractérise pas à lui seul une faute grave* ».

⁴⁷² A. Barège et B. Bossu, L'ordinateur et la vie privée du salarié : JCP S 2007, 1451, spéc. n° 26

En effet, ledit refus se doit d'être injustifié pour fonder un licenciement disciplinaire.

Si le salarié justifie le refus d'exécuter sa clause de mobilité, la faute grave est écartée.

De plus, selon un arrêt du 2 avril 2014 où la Cour de cassation contrôle les manquements contractuels du salarié, elle rejette la faute grave de celui-ci car « *les précédentes affectations du salarié étaient dans un autre secteur géographique et que la durée prévisible de la mutation de celui-ci ne lui avait pas été précisée* ».

Ladite faute grave est requalifiée en faute simple lorsque le salarié le justifie par des « considérations d'ordre familial »⁴⁷³.

454 De plus, en vertu de la vie familiale du salarié, **l'employeur se doit de justifier le recours à la clause de mobilité**. En effet, en vertu d'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation de 2008, les juges doivent rechercher si la mise en œuvre de la clause de mobilité de la salariée est « *justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché* »⁴⁷⁴.

Mais un arrêt du 5 novembre 2012, quant à lui, **interdit la mise en œuvre d'une clause de mobilité**. Cette clause devait s'appliquer huit jours après le retour de la salariée de son congé maternité, alors que son enfant n'était âgé que de quatre mois. La Cour de cassation a donc considéré que son application portait gravement atteinte à la vie privée et familiale de la salariée⁴⁷⁵.

455 Assiste-t-on à un système où l'on considère que la vie privée du salarié surplombe ses obligations contractuelles et donc sa clause de mobilité ?

Ou s'agit d'un renversement de la charge de la preuve pesant sur l'employeur dès lors qu'entre en considération la vie privée et familiale du salarié ?

456 Les juges du fond penchent en majorité vers la première hypothèse.

L'application de la clause de mobilité par l'employeur ne doit révéler aucun abus, ne doit ni s'accompagner d'une « intention de nuire »⁴⁷⁶, ni reposer sur une légèreté blâmable⁴⁷⁷.

⁴⁷³ Cass. soc., 17 oct. 2000, n° 98-42.177 : JurisData n° 2000-006271 ; Bull. civ. 2000, V, n° 327

⁴⁷⁴ Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 07-40.523, préc. note 3

⁴⁷⁵ CA Versailles, 5 sept. 2012, n° 11/00637 : JurisData n° 2012-020441 ; Semaine sociale Lamy 2012, n° 1551, p. 14. – P. Adam, Vie familiale et mobilité : des racines et des ailes : Semaine sociale Lamy 2012, n° 1554, p. 6

⁴⁷⁶ Cass. soc., 18 mai 1999 : Dr. soc. 1999, p. 734. – Cass. soc., 10 janv. 2001 : JurisData n° 2001-007702. – Cass. soc., 23 janv. 2002, JurisData n° 2002-012849. – Cass. soc., 25 mars 2009 : JurisData n° 2009-047636 ; JCP S 2009, 1294, note B. Bossu) et l'employeur ne doit pas agir avec une légèreté blâmable (Cass. soc., 6 févr. 2001, n° 98-44.190 : JurisData n° 2001-008015

⁴⁷⁷ Cass. soc., 6 févr. 2001, n° 98-44.190 : JurisData n° 2001-008015

La bonne foi étant présumée, le salarié se doit d'appliquer la clause de mobilité sauf s'il prouve que la décision de l'employeur est « *étrangère à l'intérêt de l'entreprise et qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle* »⁴⁷⁸.

La charge de la preuve repose donc sur les épaules du salarié.

Ce sont deux arrêts du 23 février 2005, qui vont faire peser la charge de la preuve sur le salarié : « *la bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de faire jouer une clause de mobilité stipulée dans le contrat de travail est conforme à l'intérêt de l'entreprise ; il incombe au salarié de démontrer que cette décision a en réalité été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt ou bien qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle* »⁴⁷⁹.

457 D'un autre côté, l'employeur se doit de prouver que sa décision a été prise en fonction de « *l'intérêt de l'entreprise* ».

Ce renversement de la charge de la preuve pourrait nous faire penser à un intérêt de l'entreprise primant sur celui du salarié.

C'est sans compter sur l'actuelle et grandissante prise en considération de la vie privée et familiale du salarié.

Lorsqu'un salarié démontre que l'application de ladite clause de mobilité affecte son droit à mener une vie de famille normale, l'employeur se doit à son tour de prouver que sa décision est motivée par « *la nécessité de protéger les intérêts légitimes de l'entreprise, tout en étant proportionnée au but recherché* »⁴⁸⁰.

Si l'employeur n'arrive pas à prouver ses allégations, le licenciement du salarié est injustifié⁴⁸¹.

Nous pouvons citer l'arrêt concernant une salariée licenciée car elle a refusé de se soumettre à sa clause de mobilité. Cependant, elle est maman d'un enfant handicapé, et se devait de rentrer à l'heure du déjeuner pour s'occuper de lui.

⁴⁷⁸ Cass. soc., 23 févr. 2005 : Bull. civ. 2005, V, n° 64 ; JurisData n° 2005-027116 ; JCP E 2005, 1069, note D. Corrigan-Carsin ; Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 07-43071, Mme X c/ Sté OTIS

⁴⁷⁹ Cass. soc., 23 févr. 2005, n° 04-45.463 : JurisData n° 2005-027117 ; Dr. soc. 2005, p. 576, obs. J. Mouly ; RDC 2005, p. 761, obs. Ch. Radé. – P. Bouaziz et I. Goulet, À propos de la modification du lieu de travail et de la clause de mobilité : Dr. soc. 2005, p. 634

⁴⁸⁰ Cass. soc., 14 oct. 2008, no 07-40.523, Bull. civ. V, no 192, JCP G 2008, II, no 10201, note Corrigan-Carsin D

⁴⁸¹ Cass. soc., 13 janv. 2009, no 06-45.562, Bull. civ. V, no 4, D. 2009, p. 1799, note Escande-Varniol M.-C., RDC 2009, p. 1126, note Neau-Leduc C.

L'employeur n'ayant pas réussi à prouver que « *les fonctions de cette femme au sein de l'entreprise ne rendaient pas indispensable le changement de son lieu de travail* »⁴⁸².

458 L'application de la clause de mobilité ne doit pas modifier « *l'économie du contrat* », autrement elle ne doit pas modifier d'autres éléments du contrat de travail.

Prenons l'exemple d'une clause de mobilité qui entraîne une modification des horaires du salarié, à savoir le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit, et inversement il est nécessaire que « *le salarié accepte cette mise en œuvre* »⁴⁸³.

Ou une clause de mobilité qui entraîne une modification de la rémunération du salarié, à savoir une baisse de celle-ci⁴⁸⁴.

La mise en œuvre de cette clause ne doit pas porter atteinte aux droits et libertés du salarié, en particulier le droit au respect de sa vie privée et familiale sauf si l'atteinte est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché⁴⁸⁵.

Il s'agissait en l'espèce d'une clause qui portait atteinte au « libre choix du domicile ». L'application de la clause de mobilité ne doit pas non plus être « **brutale** » afin que le salarié puisse prendre les dispositions nécessaires relatives à sa vie privée et familiale.

459 Le refus du salarié de faire appliquer sa clause de mobilité peut-il justifier un licenciement dans la mesure où la liberté fondamentale de choisir son lieu de vie est remise en cause ?

« La mise en œuvre de la clause de mobilité ne doit pas porter atteinte au droit d'un salarié à une vie privée, personnelle et familiale ».

Si l'employeur porte atteinte à ces principes fondamentaux, cela doit être justifié par la tâche à accomplir ou proportionné au but recherché.

Sinon, il s'agirait d'un abus de pouvoir de l'employeur⁴⁸⁶.

⁴⁸² Cass. soc., 6 févr. 2001, n° 99-44.190, Bull. civ. V, n° 41

⁴⁸³ Cass. soc., 14 oct. 2008 : JurisData n° 2008-045383 ; JCP S 2008, 1668, note B. Bossu

⁴⁸⁴ Cass. soc., 15 déc. 2004 : JurisData n° 2004-026212 ; Semaine sociale Lamy, n° 1197, p. 12. – Cass. soc., 3 mai 2006 : JurisData n° 2006-033331 ; JCP S 2006, 1694 ; Dr. soc. 2006, p. 929, obs. Ph. Waquet

⁴⁸⁵ Cass. soc., 12 janv. 1999 : Dr. soc. 1999, p. 287, obs. J.-E. Ray ; RJS 1999, n° 151, en l'espèce la mise en œuvre de la clause portait atteinte au libre choix du domicile. – Cass. soc., 14 oct. 2008 : JurisData n° 2008-045382 ; JCP S 2008, 1668, note B. Bossu ; RDT 2008, p. 731, note G. Auzero à propos de la mise en œuvre d'une clause portant atteinte à une vie personnelle et familiale normale. – Cass. soc., 13 janv. 2009 : JurisData n° 2009-046555 ; JCP S 2009, 1162, note B. Bossu

⁴⁸⁶ Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 07-40523n Mme X c/ Sté Price Waterhouse

460 Il faut savoir qu'une « *mutation géographique ne constitue pas en elle-même une atteinte à une liberté fondamentale* », en particulier celle du choix du domicile.

Un salarié qui refuse d'appliquer sa clause de mobilité ne s'expose pas à un licenciement pour faute grave, le salarié a droit au versement de dommages et intérêts, en particulier lorsque « *l'employeur a décidé une mutation dans le respect des clauses contractuelles et de bonne foi* »⁴⁸⁷.

461 Un salarié ne peut accepter ab initio une clause de mobilité s'accompagnant d'un changement d'horaire (la Cour vise le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit et inversement), cela engendrerait une modification de son contrat de travail nécessitant un nouvel accord de celui-ci mais aussi un changement dans sa vie privée et familiale qu'il ne peut anticiper. De même pour l'acceptation au préalable de la modification de sa rémunération : « *la mutation de pouvait entraîner une réduction de la situation pécuniaire de l'intéressé, exception faite des primes liées à la situation particulière de l'établissement* ».

Une modification et en particulier une diminution de la rémunération du salarié nécessite un accord express de celui-ci, sans compter qu'une diminution des revenus du salarié peut entraîner aussi une modification de son niveau de vie et donc un changement dans sa vie privée et familiale.

462 Une clause considérée comme abusive portant atteinte aux droits et libertés du salarié est déclarée nulle.

Deux conceptions peuvent justifier cette sanction : soit l'on considère que la sanction de la clause figure implicitement dans le texte de l'article L 1121-1, soit l'on considère ce dernier comme le « garant de l'équilibre du contrat » et que la clause en question a remis en cause cet équilibre⁴⁸⁸.

Dans quels cas l'employeur peut-il se prévaloir d'un intérêt légitime pour exiger la mise en œuvre de la clause de mobilité (B).

⁴⁸⁷ Cass. soc., 14 déc. 2005, n° 03-47721, Mme X c/ M.Y ; Cass. soc. 28 mars 2006, n° 04-41016, Mme X c/ Sté CSF ; Cass. soc., 17 juill. 2007, n° 06-42935, M.X et Y, Mme Z c/ Sté Laboratoires Bourèchee ; Cass. soc., 23 jan. 2008, n° 07-40522, Mme X c/ Sté Distribution Casino France

⁴⁸⁸ Louis-Frédéric PIGNARRE Note sur les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation du 12 juillet 2005 (n° 04-13.342) et du 7 février 2006 (n° 05-12.113)

B. L'émergence difficile de l'existence d'un intérêt légitime de l'employeur justifiant la mise en œuvre de la clause

462 Le principe de proportionnalité doit être appliqué :

Par conséquent, la clause de mobilité doit être mise en œuvre de « *bonne foi* » et dans le « *respect des intérêts de l'entreprise* ».

Un employeur peut appliquer une clause de mobilité afin de sanctionner un salarié.

Le comportement reproché au salarié doit être « fautif » et de « nature à justifier son déplacement »⁴⁸⁹.

« *Le recours à la clause de mobilité doit être justifié par l'emploi occupé, les qualifications demandées, les aptitudes professionnelles, le travail attendu dans la nouvelle affectation et délimitée géographiquement* »⁴⁹⁰.

Selon le professeur Bertrand FAGES, « *exécuter une convention de bonne foi exige à tout le moins d'un contractant qu'il se garde de tout comportement qui pourrait induire son partenaire en erreur et le placer dans une situation qui lui serait ensuite reprochée* »⁴⁹¹.

463 De plus, la clause de mobilité doit être mise en œuvre dans l'intérêt de l'entreprise.

Pour cela, il convient tout d'abord de savoir quelle vision nous allons retenir de l'intérêt de l'entreprise. Il existe deux conceptions, en premier lieu l'intérêt purement et exclusivement économique de l'entreprise et en second lieu un **intérêt prenant en considération la collectivité des salariés de l'entreprise**. En vertu d'un arrêt Franfinance de la Cour de cassation, retient la seconde conception : « *la mise en œuvre d'une clause de mobilité n'entraîne pas de modification du contrat de travail* » ; « *même si le déplacement du salarié a le caractère d'une mesure disciplinaire, il ne constitue pas un abus dès lors que l'employeur peut invoquer une **faute du salarié*** »⁴⁹².

⁴⁸⁹ Cass. soc., 11 juill. 2001 : JCP E 2002, 372, note G. Lachaise ; TPS 2001, comm. 359, osb. P.-Y. Verkindt. – Cass. soc., 20 déc. 2006 : Semaine sociale Lamy 15 janv. 2007, p. 14. – Fasc. 19-40

⁴⁹⁰ Cass. soc., 21 février 2007, n° 05-45319, Mme X c/ Sté Antésite ; Cass. soc., 31 oct. 2007, n° 06-43884, Mme X c/ Sté AGF ; Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 06-46306, Mme X c/ Société C2R ; Cass. soc., 21 janv. 2009, n° 07-41173, M.X c/ Société Swan Instruments d'analyse France

⁴⁹¹ Cf. sur ce point : B. Fages, préf. J. Mestre, Le comportement du contractant, PUAM, 1997, n° 552 et s., p. 298 et s.

⁴⁹² Cass. soc., 11 juill. 2001, n° 99-41.574 : JurisData n° 2001-010576 ; Bull. civ. 2001, V, n° 265. – V. aussi, Cass. soc., 15 janv. 2002, n° 99-45.979 : JurisData n° 2002-012524 ; RJS 2002, n° 471.

La mise en œuvre de la clause n'est pas forcément « purement discrétionnaire ».

En effet, selon un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 14 octobre 2008⁴⁹³.

Selon la Cour de cassation, il est du devoir des juges de rechercher *« la mise en œuvre de la clause contractuelle ne portait pas une atteinte au droit de la salariée à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte pouvait être **justifiée par la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché** »*.

L'employeur peut justifier d'un intérêt susceptible de porter atteinte au droit du salarié et à une vie personnelle et familiale.

464 Comme dans le paragraphe précédent, le juge se doit de réaliser un contrôle de proportionnalité entre l'intérêt objectif de l'employeur et les atteintes causées à la vie personnelle et familiale du salarié.

Même si la charge de la preuve repose sur le salarié, le juge se doit d'apprécier les arguments des deux parties.

La majorité des argumentations tentant de justifier un intérêt légitime de l'employeur de recourir à la clause de domicile sont rejetées.

465 En outre, prenons l'exemple de l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 28 février 2012, où une salariée (gouvernante) a été licenciée pour ne pas avoir respecté son obligation contractuelle de résider à proximité de son lieu de travail.

Les juges de la Cour d'appel précisent que cette obligation était « indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'association employeur et des personnes auprès desquelles la salariée avait pour objet d'intervenir et proportionnée compte tenu de la nature de l'emploi occupé, au but recherché ».

La Cour de cassation rejette ces arguments car elle considère qu'ils ne justifient pas que l'atteinte à la liberté individuelle du salarié était « justifiée par la nature du travail à accomplir et proportionnée au but recherché », en se fondant sur le triple visa de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 9 du Code civil et l'article L 1121-1 du Code du travail.

466 Un arrêt plus ancien du 12 juillet 2005 portait sur la légitimité d'une clause de domicile d'un avocat stagiaire travaillant pour la société Fidal. Celle-ci stipulait que « le

⁴⁹³ Cass. soc. 14 oct. 2008, pourvoi n° 07-40.523

cabinet attachant une importance particulière à la bonne intégration de l'avocat dans l'environnement local, le domicile personnel de ce dernier doit être établi de manière à favoriser cette intégration ».

La Cour de cassation a prononcé la nullité de cette clause au motif que « la bonne intégration de l'avocat dans l'environnement local » ne justifiait pas l'atteinte portée à la liberté individuelle de celui-ci.

La Cour de cassation a donc censuré l'argumentation exposée par la Cour d'appel de Pau selon laquelle la clause litigieuse « *favorise l'établissement d'une relation de proximité entre l'avocat salarié et les clients du cabinet ce qui permet de pérenniser la clientèle, permet une meilleure connaissance du tissu économique et juridique et de ses pratiques spécifiques et favorise la disponibilité et le travail en équipe, ce qui améliore la qualité et réduit les risques de mise en cause de responsabilité* » sur le triple visa sus visé.

Dans une autre espèce, des salariés assurant l'entretien et la maintenance des logements sociaux se voyaient imposés une obligation de résidence. La Cour de cassation se range du côté de la Cour d'appel n'ayant constaté aucune contrepartie sérieuse et précisant que « *les salariés pouvaient exécuter les tâches qui leur étaient confiées, tout en résidant à l'extérieur des lieux de travail* ».

Nous pouvons légitimement nous demander si l'existence d'une contrepartie sérieuse est susceptible de justifier une telle restriction.

467 Nous attendons que la Cour de cassation se prononce sur la particularité telle d'une mesure pouvant justifier l'atteinte à la liberté individuelle de choix du domicile du salarié.

Quels sont les « *tâches et missions permettant de limiter le droit du salarié à fixer seul le lieu de son domicile, ces dernières ne pourront être cernées en jurisprudence qu'au travers d'arrêts validant la clause du contrat de travail instaurant la limitation* »⁴⁹⁴.

Certains auteurs restent sceptiques quant à l'émergence d'une telle justification.

En effet, selon le Professeur RAY, « *on voit à vrai dire mal quel type d'emploi et pour quelle entreprise le déménagement du domicile familial serait justifié* ».

D'autres pensent que seule une liberté fondamentale pourrait contrer la liberté fondamentale de la vie privée du salarié à travers le choix du domicile. Il s'agit en l'occurrence de la liberté du commerce et de l'industrie.

⁴⁹⁴ Louis Frédéric PIGNARRE, Petites affiches, 19 septembre 2006 n° 187, p.7

Peut – on penser que le respect de la vie privée du salarié peut surplomber le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ?

La montée en puissance ces dernières années d'une protection accrue des droits et libertés individuelles du salarié pourrait nous faire penser que ces derniers seraient susceptibles d'être prioritaires face à la liberté du commerce et de l'industrie.

468 Cette protection accrue de la vie privée du salariée réalisée par la Cour de cassation au détriment des intérêts de l'employeur ne serait-elle pas un pas vers « la volonté de la chambre sociale d'intégrer les droits et libertés de la personne au contrat de travail lui-même ? ».

Nous avons vu l'existence de clause particulière dans une entreprise classique, qu'en est-il des clauses contenues dans le contrat de travail d'un salarié dans une entreprise de tendance (Sous-section 2) ?

Sous-section 2 : La restriction de la vie privée du salarié dans son contrat de travail dans une entreprise de tendance

L'employeur doit respecter les convictions religieuses de ses salariés.

Il n'est pas obligé d'aménager les conditions de travail de ce dernier pour lui permettre d'exécuter ses obligations religieuses sauf si une clause du contrat de travail y est prévu à cet effet, ou sauf s'il s'agit d'une entreprise particulière prônant certains principes, parfois religieux que l'on peut qualifier d'entreprise de tendance (§1).

En effet, certaines entreprises font l'objet de controverses au niveau de leur qualification ou non d'entreprise de tendance, comme par exemple l'affaire Baby Loup (§2).

§1 : Le cas particulier des entreprises de tendance

469 En vertu de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, de la Constitution française mais aussi de la transposition des directives communautaires (loi du 16 novembre 2001, complétée par les lois du 17 janvier 2002 et 27 mai 2008) proclamant le principe d'égalité devant la loi, les différences de traitement entre les personnes résultant en l'occurrence de la religion ou des convictions sont interdites. Seules les entreprises de tendance peuvent déroger à ce principe fondamental. En effet, la jurisprudence précise que les

entreprises de tendance confessionnelles ne réalisent pas de discrimination en recrutant leurs salariés en fonction de principes religieux⁴⁹⁵.

Nous allons en premier lieu établir la notion d'entreprise de tendance (A), puis apporter certains exemples jurisprudentiels (B), afin d'illustrer nos propos.

A. La notion d'entreprise de tendance

470 Les entreprises de tendance ont été créées pour « *la défense et la promotion d'une doctrine ou d'une éthique* ». D'où la restriction acceptée des libertés du salarié afin de ne pas « *contredire ouvertement les intérêts de l'entreprise qui l'emploi* ».

C'est en majorité les partis politiques, syndicats, associations qui défendent des idées et des propositions.

Selon le Professeur Philippe WAQUET, l'entreprise de tendance est le lieu dans lequel « *une idéologie, une morale, une philosophie ou une politique est expressément prônée. Autrement dit, l'objet essentiel de l'activité de ces entreprises est la défense et la promotion d'une doctrine ou d'une éthique* »⁴⁹⁶.

La jurisprudence qualifie d'entreprise de tendance les entreprises « *ayant pour objet de promouvoir et de défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophiques* »⁴⁹⁷.

471 Deux catégories d'entreprise de tendance peuvent donc être élaborées :

- celles qui se contentent de « promouvoir » une religion ou une conviction et
- celles qui suivent une éthique particulière.

Deux conceptions peuvent être retenues à l'heure actuelle.

- Tout d'abord, même si le salarié n'adhère dans son for interne aux idées de l'employeur, il lui est demandé au salarié de ne pas exprimer de façon flagrante ses opinions dans sa vie personnelle. Il se doit d'adopter une certaine retenue même dans sa vie de tous les jours.

⁴⁹⁵ Cass. ass., 19 mai 1978, Dame Roy, n° 76-41.211 ; Cass. soc., 20 nov. 1986, Fischer, n° 84-43.243

⁴⁹⁶ Ph. Waquet, Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance, Gaz Pal 1996, p 142

⁴⁹⁷ Cass. ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369

Certains auteurs prennent l'exemple d'une association qui milite en faveur de l'abolition de la peine de mort. Il serait inconvenant pour un de ses salariés de participer à des manifestations, en brandissant des banderoles en faveur de la peine de mort.

- Puis, l'insertion de certaines clauses spéciales dans son contrat de travail, pourrait imposer au salarié qu'il adopte un comportement pas en accord avec sa façon de penser (son for intérieur).

Prenons l'exemple d'un salarié travaillant dans une association confessionnelle, n'adhérant pas à cette confession, se devant de participer parfois à certaines activités de l'association en question.

472 Dans ces entreprises, il est admis que la liberté du salarié est moins importante que dans les entreprises classiques.

En effet, le salarié se doit d'adopter une conduite dans sa vie privée en accord avec la thèse prônée dans l'entreprise.

Sa vie privée, et par extension son comportement, sa vie familiale, ses mœurs se doivent d'être en accord avec l'idéologie de l'entreprise. Le candidat se doit d'adopter un comportement « loyal » en fonction de « l'éthique » de l'entreprise.

473 Peut – on incorporer dans la définition d'entreprise de tendance une entreprise fondée sur la neutralité ?

Nous allons nous contenter de citer l'arrêt provisoire du Conseil d'Etat rendu le 21 décembre 2010⁴⁹⁸ : où une enseignante de mathématiques s'est vue interdire de porter le voile dans un établissement soumis au principe de neutralité. Cet établissement a été considéré comme une entreprise de tendance. Selon le Conseil d'Etat, « *la neutralité est un concept, juridique, philosophique et 'convictionnelle'* ».

Seulement l'arrêt officiel rendu en mars 2013 ne parle plus d'entreprise de tendance au sujet des écoles « officielles ».

Nous reviendrons sur cette question épineuse dans les paragraphes suivants.

475 Il est interdit à l'employeur d'une entreprise de tendance d'opérer un traitement différent sur un critère autre que celui de la religion :

⁴⁹⁸ Conseil d'Etat 21 décembre 2010, Affaire Topal, Arrêt n° 210.000 de 44 pages sur rapport contraire de son Auditeur. Rapport 196.031/VI-18.597 de l'Auditeur Benoit Cuvelier

Par exemple, le directeur d'une école catholique ne peut refuser de recruter un professeur de mathématiques car celui-ci est homosexuel.

De même, il ne peut refuser de recruter une professeur de confession musulmane même pour un poste de cours sur la religion catholique, du moment qu'elle dispose des compétences pour.

De plus, il est nécessaire pour justifier une sanction d'un salarié que le comportement qu'il ait dans sa vie privée relatif à la religion soit un rapport avec l'activité professionnelle pour laquelle il a été recruté.

Qu'en est-il de la jurisprudence (B) ?

B. Illustrations jurisprudentielles

476 Le fameux arrêt rendu en Assemblée Plénière de la Cour de cassation du 19 mai 1978⁴⁹⁹ précise que les convictions de la salariée ont été « *prises en considération* » lors de la conclusion du contrat de travail et que lesdites convictions avaient été « *incorporées volontairement dans le contrat* » et étaient devenues « *partie essentielle et déterminante* ».

Il est possible d'intégrer volontairement dans son contrat de travail ses convictions religieuses, de plus, le salarié devait adopter un comportement conforme aux idées de l'entreprise dans sa vie personnelle. Cet arrêt a été soutenu plus tard par un arrêt Fischer du 20 novembre 1986⁵⁰⁰, où la chambre sociale de la Cour de cassation affirmait que l'article L 1132-1 (ancien article L 122-45) du Code du travail n'était pas applicable en l'espèce « lorsque le salarié, qui a été engagé pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur, méconnaît les obligations résultant de cet engagement ». Encore une fois la thèse de l'arrêt précédent se doit d'être respectée.

Cette jurisprudence a été abandonnée par l'arrivée d'un arrêt Painsecq exigeant que le comportement du salarié dans sa vie privée provoque un « *trouble objectif* ».

Cet arrêt applique en avant-garde le fameux principe de proportionnalité.

477 Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 février 2001⁵⁰¹ déclare irrecevable le recours d'une institutrice d'une école publique et laïque de Genève.

⁴⁹⁹ AP, Cour de cassation 19 mai 1978 N° de pourvoi: 76-41211

⁵⁰⁰ Cass. soc. 20 novembre 1986 N° de pourvoi: 84-43243

⁵⁰¹ Arrêt Lucia Dhalab contre Suisse du 15 février 2001

En effet, celle-ci se plaignait d'être soumise à l'interdiction de ne pas pouvoir porter le voile. Selon la Cour, cette interdiction était justifiée en vertu de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ces derniers étant âgés entre 4 et 8 ans, ils sont considérés comme « influençables ». Le port du foulard emporte pour la Cour « un risque d'atteinte aux sentiments religieux des élèves et de leurs parents et comporte également un risque d'atteinte au principe de neutralité confessionnelle de l'école ».

478 La Cour rajoute que les signes religieux ostentatoires peuvent avoir un « *impact difficilement quantifiable sur leur conscience, justifiant que l'employeur prenne des mesures de précaution dans le respect des convictions religieuses* ». Cette argumentation peut être appliquée pour l'affaire Baby Loup, développée dans les paragraphes suivants. L'intérêt supérieur de protection de l'enfant, ainsi que le droit naturel des parents d'élever leurs enfants selon l'idéologie qu'ils souhaitent justifient la restriction à la liberté religieuse de l'institutrice. Ladite Cour a confirmé le licenciement de deux salariés « ecclésiastiques » ayant commis des actes d'adultère dans leur vie privée⁵⁰².

Dans la première espèce, il s'agissait du directeur pour l'Europe au département des relations publiques. Ayant réalisé une analyse précise en contrebalançant les intérêts des différentes parties, les juridictions du travail ont considéré que « *le licenciement s'analysait en une mesure nécessaire visant à la préservation de la crédibilité de l'Eglise mormone, compte tenu notamment de la nature du poste qu'il occupait* ».

Dans la seconde espèce, il s'agissait d'un organiste et chef de chœur d'une paroisse. La Cour se range du côté du requérant et précisant qu'en signant son contrat de travail, il avait accepté « un devoir de loyauté envers l'Eglise catholique qui limitait jusqu'à un certain degré son droit au respect de sa vie privée ». Et rajoute au sujet des actes d'adultère, qu'en signant son contrat de travail, il ne s'est pas engagé à vivre dans l'abstinence la plus totale en cas de divorce avec son épouse. Les juridictions du travail en l'occurrence n'avaient pas réalisé une assez bonne analyse des intérêts en question selon la Cour européenne des droits de l'homme.

⁵⁰² Arrêts Obst c. Allemagne du 23 septembre 2010 et Schüth c. Allemagne du 28 juin 2012

479 Le principe de proportionnalité se doit d'être respecté lorsqu'il s'agit de sanctionner un salarié d'une entreprise de tendance. Le comportement qu'il a adopté dans sa vie privée se doit d'être justifié par la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché.

De plus, l'employeur se doit de prouver un « *trouble caractérisé* » au sein de son entreprise.

L'exemple de l'affaire très médiatisée Baby-Loup va nous permettre d'étayer nos propos (§2).

§2 : Le cas particulier de l'affaire Baby Loup

Il est nécessaire de replacer historiquement les faits de l'affaire (A), afin de voir si nous pouvons assister à une nouvelle qualification de l'entreprise de tendance, à savoir l'entreprise de tendance laïque (B).

A. Historique

480 Une employée d'une crèche associative privée réintègre son poste en 2008 après avoir passée cinq ans en congé maternité et en congé parental.

Portant le voile islamique lors de ses fonctions, l'employeur lui a notifié plusieurs rappels lui précisant que son attitude était une atteinte au règlement intérieur, pour enfin la licencier pour faute lourde.

La salariée en question a donc saisi le Conseil des Prud'hommes de Mantes-la-Jolie (décision rendue le 13 décembre 2010), puis la Cour d'appel de Versailles (décision rendue le 27 octobre 2011) décidant tous deux de confirmer le licenciement de la salariée.

Il est nécessaire de préciser que ce n'est pas la loi musulmane qui a justifié le licenciement de la salariée en question, mais la « *manifestation de cette foi* » selon le Procureur général Jean-Claude MARIN.

481 Ces deux juridictions ont donc considéré que même si ladite crèche était une entreprise privée, le principe de neutralité de ces salariés en contact avec la petite enfance devait s'appliquer.

La salariée décide donc de se pourvoir en cassation, qui dans un arrêt du 19 mars 2013, la chambre sociale de la Cour de cassation va censurer l'arrêt de la Cour d'appel en considérant

que la crèche était une entreprise privée, de ce fait, le principe de neutralité des salariés ne devait pas s'appliquer.

En vertu de ce premier argument, nous pouvons penser que lorsqu'il s'agit d'une crèche municipale, les employés se doivent de respecter le principe de laïcité et donc de ne porter aucun signe ostentatoire, mais lorsqu'il s'agit d'une crèche privée, le principe étant la liberté de religion ne sont pas obligées de suivre ce principe de laïcité.

Notons tout de même qu'elles remplissent exactement la même fonction dans les deux cas, à savoir la protection de la petite enfance.

De plus, cet arrêt considère la disposition du règlement intérieur comme discriminatoire.

La clause du règlement intérieur de ladite entreprise précisant que : « *Le principe de liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par Baby Loup, tant dans [ses] locaux (...) ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche* », est considérée comme « *instaurant une restriction générale et imprécise et ne répond pas aux exigences de l'art L 1321-3 du Code du travail* ».

L'affaire a ensuite été renvoyée en Cour d'appel le 27 novembre 2013, celle-ci a de nouveau justifié le licenciement de la salariée aux motifs que « *l'association Baby Loup peut être qualifiée d'entreprise de conviction en mesure d'exiger la neutralité de ses employés* » et que la formule du règlement intérieur est « *suffisamment précise pour qu'elle soit entendue comme étant d'application limitée aux activités d'éveil et d'accompagnement des enfants à l'intérieur et à l'extérieur des locaux professionnels (...) et n'a pas la portée d'une interdiction générale* »⁵⁰³.

Elle fait donc référence à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, en précisant que les restrictions de l'employeur obéissent « **à l'exigence professionnelle essentielle et déterminante de respecter et protéger la conscience en éveil des enfants** ».

482 Soulignons que les enfants en bas âges sont considérés comme « *influençables* », de ce fait les éduquer en présence de signes religieux ostentatoires serait un risque pour leur liberté de conscience.

D'où la référence par la Cour d'appel à la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989. En effet, elle invoque la nécessité « *imposée par l'article 14 de la*

⁵⁰³ CA Paris, 27 nov 2013, n° 13/02981 : JurisData n° 2013-026587 ; JCP S 2013, note B. BOSSU ; D. 2014, p. 65, J. MOULY

Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, de protéger la liberté de pensée, de conscience et de religion à construire pour chaque enfant », à laquelle découle celle de respecter « le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné »⁵⁰⁴.

Le pouvoir de l'employeur s'arrête là où l'intérêt de l'enfant et du droit naturel d'éducation de ses parents commence.

483 Rajoutons qu'en vertu du principe de proportionnalité, il est nécessaire de prendre en considération les fonctions de la salariée, elle était éducatrice mais aussi directrice adjointe de ladite crèche, donc en contact avec les parents mais aussi les enfants.

La salariée a saisi la Cour de cassation une nouvelle fois, qui s'est prononcée le 25 juin 2014, et a fondé son argumentation en deux points :

- Elle a considéré que *« la restriction à la liberté de manifester sa religion, édictée par le règlement intérieur ne présentait pas un caractère général, mais était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché »* et rajoute que *le règlement intérieur d'une entreprise privée peut exiger « un certain degré de neutralité sans pour autant opérer une discrimination fondée sur la religion, pour peu qu'il soit proportionné »⁵⁰⁵* et

- elle a précisé qu'une crèche associative ne peut pas être considérée comme une entreprise de conviction (B) : une crèche *« ouverte à tous les enfants, sans considération de religion, ne pouvait pas être qualifiée d'entreprise de conviction, dès lors qu'elle avait pour objet, non de promouvoir et de défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophiques, mais de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes, sans distinction d'opinion politique et confessionnelle »*. Il est nécessaire de remarquer que l'employeur peut à certaines conditions restreindre *« l'expression d'une appartenance religieuse »* c'est-à-dire son *« for externe »* contrairement à sa liberté de croyance autrement dit son *« for interne »* qui fait l'objet d'une protection absolue⁵⁰⁶.

L'employeur peut – il restreindre cette expression du salarié dans un sens neutre, à savoir laïque (B) ?

⁵⁰⁴ Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, art. 14, 2

⁵⁰⁵ Note de Karim JAKOULOUP

⁵⁰⁶ Ph. WAQUET, Vie personnelle et vie professionnelle du salarié : Cah. Soc. Barreau Paris 1994, n° 64, p. 284

B. Vers la reconnaissance d'une nouvelle qualification : l'entreprise de tendance laïque ?

484 La reconnaissance de la notion d'entreprise de conviction laïque permettrait à l'employeur de justifier les mesures qu'il prend à l'égard des salariés concernant la manifestation de leur foi en entreprise.

En effet, dans une entreprise privée « normale », c'est le principe de la liberté religieuse qui s'applique et seuls des intérêts supérieurs peuvent justifier les restrictions imposées par l'employeur.

Lesdits intérêts supérieurs à l'expression de la vie privée du salarié que nous avons décelés sont l'intérêt supérieur de l'enfant mais aussi le droit naturel des parents à élever leurs enfants en fonction de leur propre idéologie.

De plus, la justification de la restriction de l'employeur en fonction de la nature de la tâche à accomplir et du but recherché est à l'heure actuelle très difficile à élaborer.

485 Lors de l'arrêt de renvoi de la Cour d'appel de Paris du 27 novembre 2013, la jurisprudence française a utilisé pour la première fois l'expression « *entreprise de conviction* » pour justifier sa décision.

Les premières entreprises de convictions qui sont reconnues sont celles qui sont fondées sur une idéologie religieuse.

La décision de la Cour d'appel de Paris a fait référence pour la première fois à la notion d'entreprise de tendance laïque.

Cette conception a été prônée par une partie de la doctrine qui considérait que « *la laïcité constitue un choix idéologique, tout autant que celui d'une orientation politique, religieuse ou syndicale* ».

Il était logique de considérer cette entreprise comme une entreprise de tendance laïque. Cette thèse avait été soutenue par l'avocat général Bernard Aldigé.

Certains auteurs raisonnent en précisant qu'il existe des « crèches confessionnelles se prévalant d'une identité religieuse », pourrait-on penser alors qu'un « *idéal laïc au même titre qu'une orientation religieuse, politique ou syndicale, relève d'une conviction philosophique, d'un choix idéologique s'appuyant sur une neutralité religieuse ?* »⁵⁰⁷.

⁵⁰⁷ F. GAUDU, L'entreprise de tendance laïque : Dr. Soc. 2011, p. 1186

La Cour d'appel de renvoi avait estimé qu' « *une personne morale de droit privé, qui assure une mission d'intérêt général, peut dans certaines circonstances constituer une entreprise de conviction au sens de la jurisprudence de la Cour EDH et se doter de statuts et d'un règlement intérieur prévoyant une obligation de neutralité du personnel dans l'exercice de ses tâches* ».

La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît elle aussi que la laïcité puisse être un « *choix idéologique et relever des convictions philosophiques* » et précise que « *les partisans de la laïcité sont en mesure de se prévaloir de vues atteignant le 'degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance' requis pour qu'il s'agisse de 'convictions' au sens des articles 9 de la Convention et du Protocole n°1* »⁵⁰⁸.

486 Mais une autre partie de la doctrine considère que le principe de laïcité est un principe fondamental de la République, qu'on ne pouvait y déroger et qu'à ce titre on ne peut pas décider de choisir d'y adhérer ou non. En effet, il s'agit d' « *un principe constitutionnel d'organisation de l'Etat, et ne peut être considéré comme une 'tendance'* »⁵⁰⁹.

De plus, l'assemblée plénière de la Cour de cassation, n'adhère pas à la thèse de la Cour d'appel de Paris, caractérisant l'association Baby Loup d'entreprise de conviction.

Elle précise en effet, que la crèche Baby Loup n'est pas une entreprise de conviction car elle a « *pour objet, non de promouvoir et de défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophiques* », mais, aux termes de ses statuts, « *de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes (...) sans distinction d'opinion politique ou confessionnelle* ».

487 L'Assemblée plénière n'inclut pas la laïcité dans les « *convictions religieuses, politiques ou philosophiques* » pouvant régir une entreprise de tendance.

Il serait légitime de penser que l'Assemblée plénière retient une conception « *restrictive* » de l'entreprise de conviction.

De plus, nous pouvons considérer qu'en vertu des dispositions des statuts de la crèche mettant l'accent sur la protection de l'enfance et de la femme, ceux-ci ne mettaient pas en avant le respect du principe de laïcité.

⁵⁰⁸ CEDH, 18 mars 2011, n° 30814 : JCP G 2011, 601, G. Gonzalez

⁵⁰⁹ CNCDH, avis sur la laïcité, 26 sept. 2013

Celui apparaissait comme « *un mode de fonctionnement de l'entreprise plutôt qu'une finalité, empêchant de considérer qu'il s'agissait d'une véritable conviction* » pour Karim JAKOULOFF.

488 Par ailleurs, une autre argumentation peut être élaborée au sujet de l'interdiction du port du voile dans la crèche litigieuse. En effet, si l'on reprend l'argumentation de la Cour européenne des droits de l'homme initiée dans l'arrêt susvisé, l'interdiction serait justifiée par le « *respect de la conscience des enfants et du choix idéologique des parents* ».

Deux droits fondamentaux justifient la décision de l'employeur, à savoir la protection des enfants (leur conscience influençable aux petits âges) et le droit naturel des parents d'élever leurs enfants en fonction de leur propre idéologie.

De ce point de vue, l'atteinte paraît proportionnée.

Elle refuse de reconnaître l'existence d'une entreprise de tendance laïque.

Mais elle considère qu'une entreprise privée peut imposer à ses salariés une obligation de neutralité si elle est proportionnée au but qu'elle poursuit.

Cette décision peut conforter les autres entreprises « *non confessionnelles* » accueillant un public « *influençables* » telles les centres éducatif, sportif, médico-social leur permettant d'imposer à leurs salariés des restrictions face à l'expression de leur religion (au nom notamment de l'intérêt supérieur de l'enfant).

489 La « *saga Baby Loup* » n'est pas forcément terminée car la salariée en question menaçait de saisir la Cour européenne des droits de l'homme qui devait se prononcer selon l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme si elle n'obtenait pas gain de cause auprès de la Cour de cassation.

Mais si l'on se réfère à l'arrêt Eweida autorisant une entreprise à « promouvoir une certaine image de marque » (expression utilisée par les Professeurs Joël Colonna et Virginie Renaux-Personnic), ainsi qu'à la « marge d'appréciation reconnue aux Etats », la Cour européenne des droits de l'homme ayant réalisé un contrôle *in concreto* en l'espèce (le caractère du signe religieux n'avait pas modifié l'apparence de la salariée).

La vie privée du salarié s'exerce dans le milieu de l'entreprise, mais aussi et surtout en dehors de l'entreprise (Partie 2).

Partie 2 : La gouvernance d'entreprise: facteur d'entrave d'une vie personnelle et familiale du salarié

490 Certaines prérogatives relatives à la gouvernance d'entreprise peuvent engendrer une entrave dans la vie privée du salarié (à savoir vie personnelle et familiale).

De ce fait il est nécessaire d'approfondir la problématique de l'immixtion de la gouvernance d'entreprise dans la vie personnelle du salarié (Titre 1), qui peut s'avérer dans certains cas favorable à l'élaboration d'une politique de conciliation vie privée / vie professionnelle (Titre 2).

Titre 1: L'immixtion de la gouvernance d'entreprise dans la vie personnelle du salarié

491 Système de connaissance de la vie personnelle du salarié fait partie intégrante de la politique de gouvernance de certaines entreprises (Chapitre 1), celle-ci peut avoir un certain impact sur la vie privée du salarié.

Mais elle n'est pas la seule, en effet, le développement des NTIC joue un rôle essentiel dans la vie privée du salarié (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'impact de la connaissance de la vie personnelle du salarié sur la gouvernance d'entreprise

Avant de collecter les données à caractère personnel du salarié, plus particulièrement grâce à l'aide des NTIC (Section 2), il est nécessaire de savoir en quoi consistent ces données (Section 1).

Section 1 : La connaissance et la détermination de la notion de vie personnelle du salarié

Nous allons tout d'abord approfondir le thème de la vie personnelle du salarié stricto sensu (Sous-section 1), pour ensuite l'étendre aux activités du salarié (Sous-section 2).

Sous – section 1 : La vie personnelle du salarié stricto sensu

Deux thèmes principaux représentant la vie personnelle du salarié en elle-même vont faire l'objet des développements suivants, via le thème de la liberté du choix du domicile du salarié (§1) mais aussi celui de la liberté du mariage (§2).

§ 1 : La liberté de choix du domicile du salarié

492 Le principe de la « liberté du domicile » est lié au principe du « respect de la vie privée du salarié » proclamé par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans son article 8⁵¹⁰ mais aussi par la Constitution⁵¹¹.

Donc, lorsqu'il est porté atteinte au principe de la liberté du domicile du salarié, le plus profond de sa vie privée est touché, à savoir son intimité⁵¹².

Certes, le lieu de son domicile est modifié géographiquement, mais aussi et surtout sa vie de famille, à savoir, le lieu de scolarité des enfants, les relations de la famille ... etc

Ces effets là sont qualifiés par Cédric JACQUELET : d' « effets indirects »⁵¹³.

⁵¹⁰ Conv. EDH, art. 8, « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance (...) »

⁵¹¹ Cons. const., déc. 23 juill. 1999, n° 99- 416 DC : [Journal Officiel 28 Juillet 1999](#). – Cons. const., déc. 18 janv. 1995, n° 94-352 DC

⁵¹² Cass. civ. 3^{ème} ch, 25 février 2004, RTD Civ., 2004, p. 789, obs. J. MESTRE et B. FAGES

493 Cette « liberté du domicile » se trouve confrontée à une autre liberté celle de la « liberté d'entreprendre » que l'on peut rattacher au pouvoir de direction de l'employeur. Ladite liberté est protégée elle aussi constitutionnellement⁵¹⁴ mais pas conventionnellement. Nous faisons face à nouveau à une confrontation entre deux libertés fondamentales : **le respect de la vie privée du salarié** et la **liberté d'entreprendre de l'employeur**. La jurisprudence vise à protéger en priorité la liberté de la personne, ce qui va nous permettre de mettre en évidence les limites du pouvoir de l'employeur.

Dans quelles mesures l'employeur peut – il restreindre le respect de la liberté de domicile du salarié ?

Les salariés bénéficient du principe du libre choix du domicile (A), qui de ce fait leur permet d'être protégés à l'encontre des intrusions patronales (B).

A. Le principe du libre choix de son domicile

494 Le principe de la liberté du domicile permet au salarié d'en « *revendiquer l'existence pour protéger sa vie personnelle contre les intrusions patronales* »⁵¹⁵, mais aussi de restreindre le pouvoir de l'employeur face au respect de la vie personnelle.

C'est le fameux arrêt *Spileers* du 12 janvier 1999 qui consacre le principe de la liberté de choix du domicile. La Cour de cassation précise que « *le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs du droit au respect du domicile explicitement visé par l'article 8 de la Convention de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »⁵¹⁶.

D'autre part cet arrêt met en évidence le respect du **principe de proportionnalité**.

En effet, si l'employeur porte une atteinte à la liberté du domicile du salarié, celle-ci doit être proportionnée par rapport au but recherché, avoir un caractère indispensable et justifiée par les fonctions du salarié.

La Cour de cassation attache une grande importance au respect du fameux article L 1121-1 du Code du travail : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés*

⁵¹³ La vie privée du salarié à l'épreuve des relations de travail, Cédric JACQUELET

⁵¹⁴ Cons. const., déc. 19 janv. 2006, n° 2005-532 DC : [Journal Officiel 24 Janvier 2006](#)

⁵¹⁵ F. Schoenberger, Temps et lieu de la vie personnelle, temps et lieu de la vie professionnelle : Dr. soc. 2010, p. 32

⁵¹⁶ J. Hauser, À propos de l'arrêt *Spileers* : RDT civ. 1999, p. 358. – J.-P. Marguenaud et J. Mouly, Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe européen de proportionnalité : D. 1999, p. 645

individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

Dans ce sens, nous pouvons citer l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 12 novembre 2008 où cette dernière précise qu'un salarié engagé en tant qu'agent d'entretien d'un immeuble n'est pas obligé de vivre dans la ville même où se trouve ledit immeuble⁵¹⁷.

En effet, l'obligation de résidence du salarié en question ne répond pas au principe de proportionnalité.

De même dans un arrêt du 28 février 2012, la Cour de cassation se fonde sur le triple visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 9 du Code civil et l'article L 1121-1 du Code du travail pour affirmer le non respect du principe de proportionnalité en l'espèce⁵¹⁸.

495 Par ailleurs, la Cour de cassation s'est penchée sur les clauses du règlement intérieur qui en vertu de l'article L 1321-3 du Code du travail ne peuvent comporter « *Des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». De ce fait, dans une affaire du 13 janvier 2009 elle a décidé qu'était « *légitime la clause d'un règlement intérieur interdisant à un animateur travaillant dans un établissement spécialisé dans l'accueil de mineurs en difficulté de recevoir des jeunes à son domicile* »⁵¹⁹.

Et rajoute que même si « *l'usage fait par le salarié de son domicile relève de sa vie privée, des restrictions sont susceptibles de lui être apportées par l'employeur à condition qu'elles soient justifiées par la nature du travail à accomplir et qu'elles soient proportionnées au but recherché* ».

496 Enfin, il est nécessaire de citer un arrêt du 23 septembre 2009 où un salarié avait été licencié car il avait refusé de déménager sur demande de son employeur :

⁵¹⁷ Cass. soc. 12 nov. 2008, n° 07-42.601 : [JurisData n° 2008-046042](#) ; [JCP S 2009, 1111](#), note B. Bossu. – V. aussi, Cass. soc., 12 juill. 2005, n° 04-13.342 : Bull. civ. 2005 V, n° 241. – Cass. soc., 13 avr. 2005, n° 03-42.965 : [JurisData n° 2005-028036](#) ; Bull. civ. 2005, V, n° 134

⁵¹⁸ Cass. soc., 28 févr. 2012, n° 10-18.308 : [JurisData n° 2012-003036](#) ; Bull. civ. 2012, V, n° 78 ; [JCP S 2012, 1244](#), note G. Loiseau

⁵¹⁹ Cass. soc., 13 janv. 2009, n° 07-43.282 : [JurisData n° 2009-046553](#) ; Bull. civ. 2009, V, n° 3 ; [JCP S 2009, 1122](#), note B. Bossu. – J. Mouly, Du pouvoir de l'employeur de réglementer l'usage par le salarié de son domicile : D. 2009, p. 1316

En effet, le salarié en question conservait à son domicile un certain nombre des bijoux de son employeur, seulement l'assureur refusait de couvrir les sinistres dans certains départements, dont celui du domicile du salarié. De ce fait, l'employeur lui a demandé de déménager.

Au vu de ces faits, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel ayant validé le licenciement, en se fondant sur le double visa des articles 9 du Code civil et L 1121-1 du Code du travail, et précise qu' « *En statuant ainsi, par des motifs impropres à établir que l'atteinte au libre choix par le salarié de son domicile était justifiée par la nature du travail à accomplir et proportionnée au but recherché, la Cour d'appel a violé les textes susvisés* »⁵²⁰.

Nous pouvons comprendre la décision de la Cour de cassation en fonction du principe de proportionnalité.

L'employeur aurait pu choisir un autre salarié pour détenir la collection de bijoux en question, ou même changer d'assureur.

En somme, il était primordial de chercher d'autres solutions avant d'aboutir au licenciement du salarié.

Cet arrêt nous montre que « *les exigences d'un assureur ne suffisent pas à justifier la nécessité d'un déménagement eu égard à la nature de l'emploi du salarié* »⁵²¹.

497 De plus, lorsque l'employeur prend la décision de restreindre la liberté du domicile du salarié, il doit le faire en respectant le principe contractuel de bonne foi, situé à l'article 1134 du Code civil⁵²², même si la Cour de cassation fait primer l'analyse fondée sur la proportionnalité.

En effet, en vertu d'un arrêt du 24 janvier 2007⁵²³, une salariée avait demandé à son employeur de l'affecter en Provence durant son congé parental car son conjoint avait été muté à Avignon.

L'employeur a refusé en arguant qu'au retour de la salariée de son congé parental, « aucun poste correspondant à sa qualification » ne serait disponible.

⁵²⁰ Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 08-40.434 : [JurisData n° 2009-049573](#) ; Bull. civ. 2009, V, n° 190 ; RDT 2010, p. 37, obs. A. Gardin ; [JCP S 2010, 1027](#), note B. Bossu

⁵²¹ Le domicile du salarié, Etude par Marion Emeras, docteur en droit

⁵²² Article 1134 Cc :

« *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

⁵²³ Cass. soc., 24 janv. 2007, n° 05-40.369

Suite au refus de l'employeur, la salariée n'est pas retournée travailler.

Il est nécessaire de préciser que la salariée avait averti son employeur de la situation longtemps avant de se voir opposer son refus.

La Cour d'appel a considéré que la salariée avait abandonné son poste.

Ce à quoi, la Cour de cassation répond : « *Qu'en statuant ainsi, sans expliquer les raisons objectives qui s'opposaient à ce que l'un des postes disponibles dans la région d'Avignon soit proposé à la salariée, contrainte de changer son domicile pour des raisons familiales sérieuses, alors, de surcroît, que la décision de l'employeur informé depuis plusieurs mois de cette situation, de maintenir son affectation à Valenciennes, portait atteinte de façon disproportionnée à la liberté de choix du domicile de la salariée et était **exclusive de la bonne foi contractuelle**, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »⁵²⁴.

La Cour de cassation considère que l'employeur ne s'est pas fondé sur des raisons objectives pour refuser la demande de la salariée alors que celle-ci allègue des « impératifs familiaux sérieux ».

La Haute Cour fonde son raisonnement sur deux points :

- l'exigence du principe de proportionnalité et
- le respect de la bonne foi contractuelle qui arrive au second plan.

498 Dans ce sens, il est nécessaire de rappeler que le principe de bonne foi est un principe du droit civil, et dans cette matière la bonne foi est présumée. De ce fait, l'employeur étant présumé de bonne foi, il incombe au salarié de prouver la mauvaise foi de l'employeur.

La preuve étant difficile à apporter et le salarié étant considéré comme la partie faible du contrat, la Cour de cassation a décidé de renverser la charge de la preuve à l'encontre de l'employeur. En effet, depuis un arrêt du 14 octobre 2008, il appartient à l'employeur de prouver sa bonne foi en montrant que « *sa décision est justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché* »⁵²⁵.

499 Aussi, il se peut que l'employeur désire modifier le lieu de travail d'un salarié.

La situation varie si le salarié a signé une clause de mobilité ou pas.

A défaut d'intervention législative, c'est la jurisprudence qui a élaboré le système de la clause de mobilité. Comme il a été expliqué dans le chapitre précédent, une clause de mobilité est

⁵²⁴ Cass. soc., 24 janv. 2007, n° 05-40.369

⁵²⁵ Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 07-40.523 : [JurisData n° 2008-045382](#) ; Bull. civ. 2008 V, n° 192 ; D. 2008, n° 38, p. 2673, note L. Perrin

licite lorsqu'elle est « *indispensable à la protection légitime des intérêts de l'entreprise*⁵²⁶, *proportionnée au but recherché* » tout en tenant compte des fonctions du salarié (article L 1121-1 du Code du travail). De plus, sa zone géographique doit être définie de manière rigoureuse⁵²⁷.

L'employeur est donc tout à fait en droit en vue de son pouvoir de direction de faire appliquer de bonne foi une clause de mobilité signée par le salarié.

Cependant, si l'application de cette clause porte atteinte à la vie personnelle du salarié, à savoir sa vie familiale, il faut qu'elle soit « *proportionnée au but recherché et justifiée par la nature de la tâche à accomplir* ».

Il incombe donc à l'employeur de prouver la bonne application du principe de proportionnalité de manière objective⁵²⁸.

500 Dans ce sens, pour vérifier que l'employeur a fait une bonne ou mauvaise application du principe de proportionnalité, les juges du fond doivent veiller au respect de deux principes :

- le respect de l'article L 1221-1 du Code du travail : « Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter ».
- la mise en œuvre de la clause ne portant pas atteinte aux « obligations familiales impérieuses » du salarié.

501 A défaut de clause de mobilité dans le contrat de travail, si l'employeur désire modifier le lieu de travail du salarié, il doit modifier le contrat de travail et donc obtenir l'accord du salarié.

En effet, lorsque le salarié travaille depuis un certain temps et avec accord de son employeur à domicile, l'employeur se doit d'obtenir l'accord du salarié pour modifier son lieu de travail⁵²⁹.

⁵²⁶ Cass. soc., 9 mai 1990, n° 87-40.261 : Bull. civ. 1990, V, n° 210. – Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 96-40.755, préc. note 17. – Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 07-43.071 : [JurisData n° 2008-045412](#)

⁵²⁷ Cass. soc., 9 nov. 2011, n° 10-10.320. – Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 06-46.400 et n° 07-42.352 : [JurisData n° 2008-045381](#) ; Bull. civ. 2008, V, n° 191. – Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 04-45.396 : [JurisData n° 2006-034609](#) ; Bull. civ. 2006, V, n° 241. – Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-45.846 : [JurisData n° 2006-034030](#) ; Bull. civ. 2006, V, n° 209. – À peine de nullité, Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 09-42.539

⁵²⁸ Cass. soc., 13 janv. 2009, n° 06-45.562 : [JurisData n° 2009-046555](#) ; Bull. civ. 2009, V, n° 4. – E. Collomp, La vie personnelle au travail : Dr. soc. 2010, p. 42. – J.-E. Ray, Quel avenir pour les clauses de mobilité géographique ? : Dr. soc. 2011, p. 911.

Cet accord est indispensable, même si le contrat de travail contient une clause de mobilité ou la possibilité de modifier le lieu de travail⁵³⁰.

Cette jurisprudence est donc en accord avec la politique de protection de la vie privée du salarié, prônée par la Convention européenne des droits de l'homme, et en particulier de son domicile, lieu où il l'exerce.

502 Enfin, nous avons aussi évoqué dans le chapitre précédent la clause de résidence.

A ce sujet, le professeur RAY précise que « *l'employeur ne doit pas confondre la clause de mobilité et la clause de résidence, [cette dernière] portant une atteinte frontale à la liberté de choix du domicile* »⁵³¹.

Une partie de la doctrine pense que nous allons assister à la « mort civile » des clauses de résidences, car la Cour de cassation ne retient que très rarement leur justification⁵³².

Dans ce sens, rappelons l'exemple de la clause de résidence d'un avocat qui a été jugée illicite car « *la bonne intégration de l'avocat dans l'environnement local* » ne justifie pas le fait de lui imposer de résider dans le même immeuble que le cabinet où il travaille⁵³³.

La Cour a transmis le contrat de travail litigieux au Conseil de l'ordre des avocats car selon elle, ledit contrat de travail étendait « *le rapport de subordination à un aspect de la vie personnelle* », n'ayant aucun rapport avec le travail même du salarié.

Le Conseil de l'ordre s'est rangé du côté de la Cour de cassation en « refusant d'homologuer le contrat de travail litigieux »⁵³⁴.

Le respect du principe du libre choix du domicile du salarié induit un nouveau principe à savoir celui de se protéger des intrusions patronales (B).

⁵²⁹ Cass. soc., 12 févr. 2014, n° 12-23.051 : [JurisData n° 2014-002136](#) ; [JCP S 2014, 1212](#), note H. Guyot. – Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-43.592 : [JurisData n° 2006-033752](#) ; Bull. civ. 2006, V, n° 196 ; Dr. soc. 2006, p. 925, obs. J. Savatier ; [JCP S 2006, 1815](#), note B. Bossu

⁵³⁰ Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-43.592 ; Cass. soc., 12 févr. 2014, n° 12-23.051

⁵³¹ J.-E. Ray, Quel avenir pour les clauses de mobilité géographique ?

⁵³² G. Loiseau, Le démantèlement des obligations de résidence : [JCP S 2012, 1244](#)

⁵³³ Cass. soc., 12 juill. 2005, n° 04-13.342

⁵³⁴ Cass. soc., 7 mars 2007, n° 05-21.017 : [JurisData n° 2007-037848](#). – Cass. 1re civ., 26 sept. 2006, n° 05-21.018 : [JurisData n° 2006-035195](#)

B. Le droit de protéger son domicile contre les intrusions patronales

503 Au préalable, il est nécessaire de souligner que si l'employeur souhaite modifier le contrat de travail du salarié, il doit obtenir son accord pour que son domicile devienne son lieu de travail.

Ce principe a été proclamé dans l'arrêt Abram du 2 octobre 2001⁵³⁵.

S'il s'avérait que l'employeur transformait de son propre chef le domicile du salarié en son lieu de travail, il s'agirait d'une modification unilatérale du contrat de travail, rendant légitime la prise d'acte de la rupture du contrat de travail du salarié.

Nous avons vu précédemment que l'employeur pouvait à certaines conditions surveiller ses salariés en entreprise.

Nous pouvons légitimement nous demander ce qu'il advient d'un salarié qui travaille à domicile, si l'employeur a un pouvoir de surveillance sur son travailleur à domicile et à quelles conditions.

504 Afin de répondre à nos interrogations, nous pouvons citer tout d'abord Marion EMERAS qui met en évidence le fait que l'élaboration d'un système de surveillance en entreprise est difficile à cause du caractère « sacré du domicile et de l'obligation de justification et de proportionnalité »⁵³⁶.

Puis, nous allons rappeler les règles applicables en cas d'installation d'un système de vidéo surveillance en entreprise :

L'employeur doit d'une part, informer les représentants du personnel (article L 1222-4 et L 2323-32 du Code du travail), mais aussi les salariés⁵³⁷ mais aussi il est nécessaire que la mesure soit justifiée et proportionnée au but recherché (article L 1121-1 du Code du travail).

Le salarié n'a pas besoin de donner son accord, la Cour de cassation impose seulement qu'il soit informé⁵³⁸.

505 A contrario, pour les systèmes de vidéo surveillance ayant pour seul objet de « surveiller l'activité des salariés », la CNIL a imposé à l'employeur l'obtention de l'accord des salariés⁵³⁹.

⁵³⁵ Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.727 : Bull. civ. 2001, V, n° 292

⁵³⁶ Le domicile du salarié, Etude par Marion Emeras, docteur en droit

⁵³⁷ Cass. Soc. 4 juill. 2012, n° 11-30.266 : JurisData n° 2012-014943 ; Bull. civ. 2012, V, n° 208

⁵³⁸ P. Lokiec, L'accord du salarié : Dr. soc. 2010, p. 142

Il incombe donc à l'employeur en vertu de son obligation de loyauté de faire respecter ces obligations.

Nous pouvons donc nous demander si nous pouvons réaliser un parallélisme de la procédure lorsque le salarié travaille à domicile.

506 Quant à l'accord cadre européen sur le télétravail⁵⁴⁰, celui-ci va préciser que l'employeur peut établir un système de surveillance au domicile du salarié⁵⁴¹, à deux conditions :

- l'employeur doit obtenir l'accord du salarié et
- le droit au respect de la vie privée doit primer sur la mise en place de ce système.

C'est l'article 6 de l'accord intitulé « *Vie privée* » qui affirme que « *L'employeur respecte la vie privée du télétravailleur. Si un moyen de surveillance est mis en place, il doit être proportionné à l'objectif et introduit conformément à la directive 90/270 [...]* ».

507 Nous pouvons donc en déduire l'interdiction de la mise en place des « contrôles clandestins », c'est-à-dire sans l'accord du salarié.

En effet, la Cour de cassation précise que « *l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits et libertés fondamentales dispose que la liberté de recevoir et communiquer des informations peut être soumise à des restrictions prévues par la loi et nécessaires, dans une société démocratique, à la protection des droits d'autrui afin d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles [...]. Il en va particulièrement ainsi du droit au respect de la vie privée, lui-même expressément affirmé par l'article 8 de la même Convention, lequel [...] étend sa protection au domicile de chacun ; [il] s'ensuit que, si, dans une telle société, et pour garantir cet objectif, la loi pénale prohibe et sanctionne le fait d'y porter volontairement atteinte, au moyen d'un procédé de captation, sans le consentement de leur auteur, de paroles prononcées à titre privé ou confidentiel, comme de les faire connaître du public, le recours à ces derniers procédés constitue un trouble manifestement illicite [...]* »⁵⁴².

508 De plus, le Code pénal dans son article 226-1 vient soutenir la position de la Cour de cassation en interdisant « *le fait de porter atteinte à la vie privée d'autrui, volontairement*

⁵³⁹ CNIL, délib. n° 2012-475, 3 janv. 2013, Syndicats des copropriétaires « Arcades des Champs-Élysées »

⁵⁴⁰ Accord-cadre européen sur le télétravail, 16 juill. 2002

⁵⁴¹ Accord-cadre européen sur le télétravail, 16 juill. 2002, art. 6

⁵⁴² Cass. 1re civ., 2 juill. 2014, n° 13-21.929 : JurisData n° 2014-014854

ou non, par un procédé quelconque en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé ».

Il est donc expressément prohibé de surveiller des salariés à leur domicile sans leur accord, sauf en cas d'enquêtes de police, sous le contrôle d'un juge⁵⁴³.

Cette jurisprudence est applicable lorsque l'employeur décide de surveiller son salarié dès sa sortie de l'entreprise, et aux « alentours du domicile » du salarié.

Il a été jugé en effet qu'un employeur ne pouvait surveiller son salarié en se « postant » derrière son domicile. Ladite filature a été prohibée car elle n'était pas justifiée par « les intérêts légitimes de l'entreprise »⁵⁴⁴.

De même que pour les systèmes de surveillances installés en entreprise, la CNIL et la jurisprudence exigent que lesdits systèmes respectent « *le principe de proportionnalité et soit strictement nécessaire à l'objectif poursuivi* »⁵⁴⁵.

L'articulation de l'article L 1121-1 du Code du travail et de l'article 1^{er} de la loi informatique et libertés de 1978 (« l'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ») permet à l'employeur de surveiller ses salariés qui travaillent à domicile à des conditions bien définies :

- L'accord du salarié au préalable est indispensable à l'installation d'un tel système,
- Une fois l'accord obtenu, ledit système doit répondre à l'objectif de proportionnalité et de finalité,
- L'employeur n'a pas le droit d'installer un système qui même son et image⁵⁴⁶.

Marion Emeras parle dans ce cas de « **système intrusif** ». Si ces conditions ne sont pas respectées, l'employeur peut se voir condamné pour « *atteinte excessive à la vie privée du salarié* ».

⁵⁴³ Cass. crim. 11 mars 2014, n° 13-86.885 : [JurisData n° 2014-004369](#)

⁵⁴⁴ Cass. soc., 26 nov. 2002, n° 00-42.401 : Bull. civ. 2002, V, n° 352

⁵⁴⁵ CNIL, délib. n° 2009-201, 16 avril 2009 : <http://www.cnil.fr>. – L. Marino, Vidéosurveillance au travail : le principe de proportionnalité mis en oeuvre par la CNIL : RDT 2010, p. 108

⁵⁴⁶ http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/Guides_pratiques/CNIL_GuideTravail.pdf

509 Par ailleurs, la Cour de cassation semble admettre une surveillance et un contrôle de l'employeur à partir du matériel utilisé du salarié :

- L'employeur peut contrôler les connexions Internet du salarié pendant son temps de travail, car comme nous l'avons précisé dans les chapitres précédents, lesdites connexions sont présumées avoir un caractère professionnel⁵⁴⁷.
- De même l'employeur peut contrôler les appels téléphoniques du salarié sur son téléphone professionnel via le système de commutateur téléphonique. Dans ce cas, le salarié n'a pas besoin d'y être informé⁵⁴⁸.

Cependant, si ledit commutateur téléphonique vise à réaliser un système de traitement de base de données, celui-ci doit être déclaré à la CNIL⁵⁴⁹.

En effet, nombre de données peuvent être collectées par le système du commutateur téléphonique :

« l'identité de l'utilisateur du service téléphonique (nom, prénom et numéro de ligne), les données relatives à sa situation professionnelle (fonction, service, adresses professionnelles y compris électroniques) ; l'utilisation des services de téléphonie (numéro de téléphone appelé, service utilisé, opérateur appelé, nature de l'appel – local, départemental, national, international –, durée et date de l'appel, éléments de facturation tenant aux nombres de taxes, au volume et à la nature des données échangées, coût du service utilisé) »⁵⁵⁰.

Il n'est donc pas interdit de surveiller et contrôler un salarié à son domicile mais l'employeur se doit de respecter des conditions très strictes.

Marion EMERAS a d'ailleurs précisé que l'employeur pouvait utiliser une « web cam » à certaines conditions :

- pendant les heures de travail,
- avec l'accord du salarié,
- elle ne doit pas viser des zones de pause ou de repos⁵⁵¹ et
- ne doit pas filmer les salariés sur le poste de travail (CNIL).

⁵⁴⁷ Cass. soc., 9 juill. 2008, n° 06-45.800 : [JurisData n° 2008-044801](#) ; Bull. civ. 2008, V, n° 150

⁵⁴⁸ Cass. soc. 29 janv. 2008, n° 06-45.279

⁵⁴⁹ CNIL délib. n° 2005-019, 3 févr. 2005, norme simplifiée n° 47

⁵⁵⁰ I. Ayache-Revah et M. Ayadi, Vie privée, vie publique : droit du travail et libertés individuelles : JSL 2013, n° 345, p. 4

⁵⁵¹ : http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/Videosurveillance/CNIL_Video_au_travail.pdf

510 Il est donc conseillé à l'employeur qui désire surveiller ses salariés à leur domicile d'obtenir l'accord des salariés, de déclarer ledit système à la CNIL et le cas échéant de consulter les représentants du personnel et en particulier le CHSCT au cas où ce système de contrôle aurait une influence sur la santé mentale du salarié en lui procurant un certain stress.

Outre, la liberté du choix du domicile du salarié, celui-ci bénéficie d'une autre liberté fondamentale, à savoir celle relative à la liberté du mariage (§2).

§ 2 : Le principe de la liberté du mariage

Le principe de la liberté du mariage a subi certaines atteintes par l'établissement de la clause de célibat (A), mais aussi via les clauses de caractère propre (B).

A. Une atteinte directe au principe de la liberté du mariage : la clause de célibat

511 L'employeur ne peut pas insérer dans le contrat de travail du salarié une clause interdisant toute relation amoureuse sur le lieu de travail en prévention d'éventuels conflits. Aucune **clause préventive** ne peut être insérée dans un contrat de travail.

En effet, cela constituerait une discrimination sur la situation de famille qui est interdite (article L. 1132-1 du Code du travail).

Ainsi, une **clause de célibat** insérée dans un contrat porterait atteinte à la liberté du salarié⁵⁵² :

« D'où il suit qu'il n'avait pas été justifié en l'espèce par la Fédération de la mutualité agricole de l'Aube de nécessités impérieuses, tirées de la nature des fonctions ou de leurs conditions d'exercice, d'appliquer la clause litigieuse qui, restrictive du droit au mariage et de la liberté du travail, était d'une portée exceptionnelle ; que dès lors, la décision des juges du fond de la condamner au paiement des indemnités de rupture est légalement justifiée ; »

512 Il en va de même pour le règlement intérieur : une clause stipulant que les conjoints ne peuvent pas être employés dans l'entreprise n'est pas valable⁵⁵³ :

⁵⁵² Cass. soc. 7 février 1968, n° [65-40622](#), BC V n° 86

« QU'APRES AVOIR RELEVÉ QUE SI LA CLAUSE CRITIQUÉE N'INTERDISAIT PAS TOUT DROIT AU MARIAGE, ELLE Y APPORTAIT CEPENDANT UNE SÉRIEUSE ATTEINTE PUISQU'ELLE ENTRAÎNAIT LA PERTE PAR L'UN DES ÉPOUX DE SA SITUATION, ELLE A CONSTATÉ QUE LA SOCIÉTÉ N'INVOQUAIT POUR LA JUSTIFIER QUE LE RISQUE D'INCIDENTS ENTRE CONJOINTS DUS À LA MÉDISANCE, QUI POUVAIENT AUSSI BIEN SE PRODUIRE EN CAS D'UNION LIBRE ; QUE, S'ÉTANT AINSI EXPLIQUÉE SUR LES CONSÉQUENCES QUE POUVAIENT ENTRAÎNER LA VIOLATION DE LA CLAUSE, ELLE A À BON DROIT ESTIMÉ QU'ELLES N'ÉTAIENT PAS DE NATURE À LA RENDRE LICITE, ET QUE L'EMPLOYEUR NE POUVAIT DONC S'EN PRÉVALOIR POUR LICENCIER MME Y... ; »

513 Nous pouvons remarquer que l'employeur ne peut influencer sur la vie conjugale de son salarié⁵⁵⁴ que ce soit en l'obligeant à se marier⁵⁵⁵ ou en empêchant un mariage lui déplaisant⁵⁵⁶. Il faut savoir que dans ce domaine le contentieux est rare.

En effet, certains employeurs n'ont cependant pas hésité à insérer dans les contrats de travail de leurs salariés des clauses de célibat. Sur le fondement de l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales proclamant la liberté matrimoniale⁵⁵⁷, la jurisprudence s'est montrée réticente face à de telles stipulations sans les condamner totalement.

Ainsi, la Cour d'appel de Paris a admis que « le droit au mariage est un droit individuel d'ordre public qui ne peut se limiter ni s'aliéner ; il en résulte que (...) la liberté du mariage doit, en principe, être sauvegardée et à moins de raisons impérieuses évidentes, une clause de non-convol doit être déclarée nulle comme attentatoire à un droit fondamental de la personnalité »⁵⁵⁸.

⁵⁵³ Cass. soc. 10 juin 1982, n° [80-40929](#), BC V n° 392

⁵⁵⁴ Cass. soc., 10 juin 1982 : JCP G 1984, II, 20230, note S. Hennion-Moreau. – CA Rennes, 31 janv. 1980 : JCP E 1980, I, 9100, p. 280, n° 5, obs. B. Teyssié

⁵⁵⁵ CA Paris, 1er juin 1900 : DP 1904, I, 299

⁵⁵⁶ Cass. soc., 5 févr. 1959 : Bull. civ. 1959, IV, n° 181

⁵⁵⁷ CEDH, 11 juill. 2002 : D. 2003, jurispr. p. 2032

⁵⁵⁸ CA Paris, 30 avr. 1963 : D. 1963, jurispr. p. 428, note A. Rouast

Afin d'illustrer nos propos, nous allons nous pencher plus en détail sur l'affaire connue des hôtesses d'Air France :

514 En l'espèce, le règlement de la compagnie nationale Air France fixe les conditions de travail du personnel navigant commercial, et comporte, notamment la disposition de son article 72 précisant que le mariage des hôtesses de l'air entraîne, de la part des intéressées, la cessation de leurs fonctions

Rappelons-nous des « *turbulences de la procédure contentieuse* » entamée par une hôtesse de l'air, licenciée pour avoir épousé son compagnon au mépris de la fameuse clause de célibat édictée par le règlement du conseil d'administration d'Air France.

Cette « tempête juridictionnelle » a débuté dans les années 1960 devant la Cour d'appel de Paris puis devant la chambre sociale de la Cour de cassation et enfin devant le Tribunal des conflits⁵⁵⁹.

515 Il est important de préciser que l'acte pris par la Compagnie Air France est un acte administratif. En effet, il existe des personnes privées chargées de la gestion des services publics, administratifs, industriels ou commerciaux. Elles peuvent être investies de prérogatives de puissance publique.

Lorsque ces deux conditions sont réunies, les décisions qu'elles prennent, à portée générale ou individuelle, sont des décisions administratives susceptibles de recours pour excès de pouvoir (ex : les fédérations sportives).

Cette solution a donc été dégagée pour le règlement intérieur de la Compagnie Air France, pris par le conseil d'administration interdisant aux hôtesses de se marier, la compagnie possédant le statut de société anonyme investie d'une mission de service public⁵⁶⁰.

Ainsi, une personne privée peut prendre une décision administrative lorsque les deux conditions précitées sont remplies. Le droit public retient ainsi une définition très large de l'autorité administrative.

516 Les tribunaux ont fini par se prononcer sur cette affaire, en proclamant **la nullité des clauses de célibat incluses dans un contrat de travail mais aussi dans le règlement intérieur**.

⁵⁵⁹ Tribunal des conflits : 15 janvier 1968, 01908

⁵⁶⁰ TC 15 janvier 1968 Epoux Barvier, GA n° 100

517 De la même manière, les clauses incluses dans le règlement intérieur interdisant le mariage entre employés masculins et féminins de la même entreprise sont nulles : le mariage contracté en méconnaissance de la clause ne constitue pas un motif sérieux de licenciement⁵⁶¹. Selon le professeur André ROUAST (Professeur à la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, commentaire de l'arrêt du Tribunal des conflits sur l'affaire époux Barbier / Air France), **le droit au mariage est un droit individuel d'ordre public qui ne peut ni se limiter ni s'aliéner.**

Ce droit au mariage doit être sauvegardé en matière de droit privé et particulièrement dans le contrat de travail :

« A moins de raisons impérieuses évidentes, une clause de célibat doit être déclarée nulle comme attentatoire à un droit fondamental de la personnalité ».

Elle peut être tout d'abord considérée comme attentatoire aux bonnes mœurs car elle va restreindre le droit au mariage, en incitant une personne à s'engager vers la voie du concubinage plutôt que de perdre son emploi. Considérée par le Professeur ROUAST comme une « union illégitime ».

L'application de cette clause peut être contestable d'un point de vue chronologique car elle avait été élaborée après que cette hôtesse de l'air ait été engagée :

« Le règlement était moins strict et prévoyait la possibilité de dérogations ».

Il est nécessaire de préciser que cette clause ne constitue que l'accessoire du contrat de travail et de ce fait la nullité de cette clause n'entraînera pas la nullité du contrat en son entier.

Celui-ci ayant été rompu du seul fait de l'employeur, il convient d'allouer à l'hôtesse une indemnité de préavis, et de licenciement ainsi que des dommages et intérêts.

518 Aussi, d'un point de vue éthique, le fait d'interdire à une femme le mariage comme condition de son emploi, reviendrait à la priver de l'exercice de « **la faculté inhérente de la nature humaine** ».

D'autant plus que certains auteurs considèrent que cela revient aussi à « *l'exposer à la tentation du concubinage* ».

Rappelons que le droit au mariage est un **droit de la personnalité** qui a un caractère d'ordre public et qui est hors du commerce juridique.

⁵⁶¹ CA Rennes, 31 janv. 1980 : Dr. ouvrier 1981, p. 219

519 Nous pouvons cependant citer certains métiers comme les métiers militaires ou carrières de diplomates où ces derniers doivent demander spécifiquement une autorisation à leur chef pour se marier, ce qui se justifie par les conditions spécifiques de leur métier.

De plus, il y a une matière juridique dans laquelle la validité de la clause de célibat est admise : c'est en matière de libéralités. Une jurisprudence lointaine accepte qu'une donation soit assortie d'une clause semblable mise à la charge du donataire.

Les arrêts en question acceptent la clause au sujet des premiers mais aussi des seconds mariages⁵⁶².

Ladite clause n'est plus admise si elle procède de motifs blâmables :

- En effet, elle ne peut être acceptée que pour des motifs légitimes : âge, santé, considération familiale tirée de l'intérêt des enfants.

- Elle est illicite si elle est inspirée par le souvenir de relations coupables, ou le désir d'éviter une régularisation, ou ayant pour mobile un sentiment de jalousie à titre posthume.

En matière de libéralité, nous pouvons nous demander si la jurisprudence en question est contraire au principe suivant lequel la personne est hors du commerce juridique.

C'est une question qu'il est légitime de se poser et à laquelle nous répondrons par la négative car il s'agit d'un acte gratuit *dont cette clause est l'accessoire* :

« L'acte enrichit celui qui est le bénéficiaire sans contrepartie, si la clause joue, le bénéficiaire revient purement et simplement à sa situation antérieure et la clause ne lui aura causé aucun préjudice. Sa liberté est respectée car il ne s'agit pour lui que du maintien ou de l'abandon d'un gain ».

La jurisprudence exige donc que la stipulation en question soit justifiée moralement,

Il serait difficile dans le cas contraire de s'opposer à la volonté de l'intéressé de se marier ou non.

520 Nous pouvons donc en déduire que les dispositions exposées précédemment ne peuvent être appliquées et transposées aux contrats à titre onéreux et particulièrement au contrat de travail.

Les conséquences ne seraient pas les mêmes :

Dans le cadre des libéralités, la conséquence est une simple perte de gain alors que dans le cadre du contrat de travail, **il en résulterait un véritable dommage, à savoir la privation**

⁵⁶² Req 11 nov 1912, DP 1913 1. 105 note G Ripert, note E Naquet

de l'emploi du travailleur : un salaire (contrepartie de cet emploi) a un caractère vital pour l'employé et ne saurait être assimilé à une marchandise.

Le principe selon lequel le mariage est hors du commerce juridique doit être appliqué beaucoup plus strictement en matière de contrat de travail qu'en matière de libéralités.

Aucune considération ne peut légitimer une exception à ce principe lorsqu'il s'agit d'un contrat de travail.

Il est vrai qu'il existe des emplois non compatibles avec le mariage et la vie de famille. Mais il s'agit là d'une question qui ne regarde que la femme et non l'employeur.

La vie d'hôtesse de l'air impose de s'absenter du foyer, de même pour d'autres métiers mais ceux-ci n'ont pas vu pour autant s'imposer à eux une clause de célibat.

521 Cette clause n'est donc en aucun cas une clause conservatrice car elle va à l'encontre de l'une des institutions françaises les plus anciennes, à savoir le mariage.

Mais alors pourquoi une compagnie d'une envergure telle qu'Air France a-t-elle élaboré une clause de célibat ?

Pour répondre à cette question, il est nécessaire de se demander si l'employeur n'est pas plus intéressé par l'arrivée d'une grossesse plutôt que par un mariage...

Cette éventualité les empêcherait de remplir réellement leur fonction, et non pas la signature d'un contrat de mariage.

On peut penser que cette considération n'a pas été étrangère à la Compagnie Air France lors de la rédaction de son règlement intérieur.

522 En réaction, le législateur a voulu prévenir toute mesure défavorable à la femme qui travaille, en insérant des dispositions protégeant la femme enceinte.

En effet, la grossesse ne peut être une cause de rupture du contrat de travail et impose simplement une suspension de celui-ci (article L 1225-24 du Code du travail, anciens articles 29, 29 A livre 1^{er} et 54 livre 2 du Code du travail).

Nous pouvons donc légitimement nous demander si

- la clause de célibat n'est pas en réalité destinée à éviter l'application éventuelle de ces dispositions.
- et s'il ne s'agit pas d'une tentative de détournement des lois de la part d'Air France.

A cet effet, le Professeur ROUAST affirme qu' « *il n'est pas possible d'admettre que l'on cherche à tourner les règles impératives du droit du travail, en portant atteinte au droit naturel de se marier* ».

La décision de la Cour d'appel de Paris s'imposait donc.

Il est pertinent de citer l'article de M. Morellet⁵⁶³ qui condamne la clause avant que la Cour de Paris en ait eu connaissance : « *Quant aux clauses contractuelles qui auraient pour objet la rupture d'un contrat de travail au cas de mariage de la femme, elles seraient nulles comme constituant des conditions illicites, parce qu'elles tendraient à entraver une faculté d'ordre public* ».

Ce qui nous permet de nous pencher sur la conséquence de la nullité de la clause en tant qu'elle constitue une **condition illicite** :

523 La Cour de Paris décide très justement que cette nullité n'entraîne pas celle du contrat de travail.

L'existence de l'obligation contractuelle dépend de cette condition, mais si cette obligation n'a qu'un caractère secondaire, le contrat demeure et la condition seule est annulée.

Dans le cas du contrat de travail des hôtesses de l'air, il est d'autant plus certain que la condition de célibat n'avait qu'un caractère secondaire.

524 De nos jours, la clause serait également analysée à la lumière des dispositions de l'article L. 1121-1 du Code du travail : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* » et du principe de proportionnalité. Or, on imagine difficilement qu'une tâche puisse justifier de telles restrictions apportées à la liberté des personnes à moins qu'elles ne soient limitées dans le temps ce qui, en tout état de cause, ne les soustrairait pas à l'exigence de finalité au vu de l'objectif recherché.

525 Il aura donc fallu attendre la fin des années soixante pour que les juridictions françaises décident de déclarer comme illicite cette clause de célibat attentatoire à l'exercice d'une liberté individuelle fondamentale.

⁵⁶³ *Un célibat contractuel, Dr social 1961 987*

La jurisprudence considère parfois que l'amour peut mettre en péril l'entreprise et donc justifier exceptionnellement un licenciement.

C'est en effet le cas de ce visiteur médical qui s'était marié avec l'une des salariées d'un laboratoire concurrent⁵⁶⁴.

La clause de célibat n'est pas la seule à atteindre la liberté du mariage, en effet, nous pouvons citer aussi le cas des clauses de caractère propre (B).

B. Le cas particulier des clauses de caractère propre

526 D'autres clauses trouvent parfois application dans le contrat de travail individuel ou au sein du règlement intérieur de l'entreprise. Elles visent à imposer au salarié une adhésion aux principes et à la morale qui fondent l'activité à laquelle il participe.

Ce n'est que très exceptionnellement, lorsque les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement, qu'il peut être tenu compte du mariage de la salariée pour rompre le contrat de travail. Ainsi, constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement, le remariage après divorce d'une institutrice engagée dans un établissement d'enseignement catholique⁵⁶⁵.

Ainsi dans un établissement d'enseignement confessionnel (cour Sainte-Marte), une enseignante qui s'est remariée après avoir divorcé a été licenciée.

Les enseignants représentent des modèles pour les enfants dans une école catholique, l'enseignante a fait, selon eux, un acte injurieux envers les principes catholiques.

Nous savons en soit que le divorce n'est pas un acte illicite. Mais l'enseignante savait que ses convictions religieuses avaient été prises en compte dès l'embauche lors de la signature du contrat de travail où elle s'engageait à transmettre la foi chrétienne aux élèves et à respecter les principes qui en découlent.

Dans cette affaire, l'école était donc en droit d'attendre des comportements conformes à ses engagements.

L'Assemblée Plénière a admis la régularité du licenciement de cette institutrice par l'établissement privé d'enseignement auquel elle était liée, à la suite de son mariage après divorce⁵⁶⁶.

⁵⁶⁴ [Cass. soc., 20 janv. 1960, n° 58-40.718](#), Bull. civ. V, n° 63

⁵⁶⁵ Cass. ass. plén., 19 mai 1978 : D. 1978, jurispr. p. 541, concl. R. Schmelck, note Ph. Ardant

⁵⁶⁶ Cass. ass. plén., 19 mai 1978 : D. 1978, jurispr. p. 541, note P. Ardant

527 Or les clauses du règlement intérieur doivent respecter la loi et les conventions collectives et ne pas porter atteinte aux droits et aux libertés des personnes. Aux termes de l'article L. 1321-3 du Code du travail, le règlement « *ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. Il ne peut comporter de dispositions lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail, en raison (...) de leurs mœurs, de leur situation de famille...* »⁵⁶⁷.

Seules sont déclarées acceptables les atteintes justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché.

Cependant, ces atteintes doivent-elles uniquement être fondées sur des considérations d'hygiène et de sécurité ?

528 La jurisprudence ne semble pas adopter cette position lorsqu'elle admet que des clauses de conscience peuvent figurer au sein du règlement intérieur des établissements d'enseignement confessionnel⁵⁶⁸. Ces clauses qui instituent un devoir de réserve en présence des élèves, ainsi que des sanctions, ont leur place au sein du règlement (article. L. 1321-1 du Code du travail). Mais ces clauses ne sont licites que dans la mesure où elles ne concernent que des personnels en contact direct avec les élèves et qu'elles n'imposent pas au salarié d'adopter un comportement déterminé en dehors de l'établissement⁵⁶⁹.

Si l'on revient sur le contrat signé par l'institutrice, il est nécessaire de préciser qu'il s'agit d'un contrat moral. En effet, selon la Cour de cassation : « *Les convictions religieuses de cette dernière avaient été prises en considération et que cet élément de l'accord des volontés qui reste habituellement en dehors des rapports de travail, avait été incorporé volontairement dans le contrat dont il était devenu partie essentielle et déterminante* ».

Pour la Cour de cassation, à partir du moment où l'on signe un contrat moral, celui-ci se doit d'être respecté.

Néanmoins ne peut-on pas s'interroger sur le bien fondé de ce contrat d'un point de vue moral ?

⁵⁶⁷ Rapp. Article L 1121-1 du Code du travail pour le contrat de travail

⁵⁶⁸ CE, 20 juill. 1990 : Dr. soc. 1990, p. 862. – CE, 23 juill. 1993 : Dr. soc. 1993, p. 842

⁵⁶⁹ Ibid

Ne pouvons-nous pas craindre un empiètement sur la liberté morale d'un individu, qui ne se trouvera plus « maître » de ses propres faits et gestes dans sa vie privée.

La liberté de se marier est une liberté morale, autrement dit une liberté de choisir.

Ne s'agirait-il pas d'atteinte à la liberté personnelle alors que cette institutrice dispose juste d'un devoir de transmission des connaissances auprès de son public ?

Les élèves en charge ne doivent poser que des questions en rapport avec la discipline concernée mais en aucun cas se mêler de la vie privée de leur enseignante.

Si cette dernière s'applique à transmettre les messages didactiques, déterminés par les programmes officiels, est-elle contrainte de partager les dites valeurs ou opinions de l'école en question ? et de ce fait est-elle contrainte aussi de vivre en dehors de l'établissement tout en suivant ces principes ?

Ces questions nous permettent de nous interroger sur le bien fondé dudit contrat moral.

529 D'ailleurs, le 13 août 1993, le Conseil constitutionnel décide de reconnaître comme caractère d'ordre public la liberté nuptiale comme composante de la liberté individuelle de la vie privée⁵⁷⁰.

Par conséquent, les clauses de non mariage ou non remariage (clause de viduité : clause qui subordonne les droits d'une personne à la condition qu'elle ne se remarie par après divorce) en paralysant le mariage après décès n'ont pas lieu d'être et sont donc illicites.

Une telle clause doit donc être réputée non écrite. Si cette clause est présente dans un acte juridique, unilatéral, ou plurilatéral, celle-ci sera considérée comme illicite.

Et même en admettant que cette clause de viduité soit la condition impulsive et déterminante de l'acte, son illicéité doit entraîner la nullité du contrat en son entier.

La vie personnelle du salarié peut être étudiée aussi sous l'angle des activités qu'il exerce (Sous-section 2).

⁵⁷⁰ Cons. const., 13 août 1993, déc. n° 93-325 DC : Journal Officiel 18 Aout 1993 ; JCP G 1993, III, 66372

Sous – section 2 : L’extension de la vie personnelle du salarié à ses propres activités

Les « propres » activités du salarié représentent les relations que celui-ci peut entretenir, à savoir, les relations virtuelles à travers les réseaux sociaux (§1), mais aussi ses relations amoureuses (§2).

§ 1 : La liberté d’expression des salariés sur les réseaux sociaux

530 Rappelons au préalable les principes relatifs à la liberté d’expression :

L’article L 2281-1 du Code du travail dispose que « *Les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail* ».

Les salariés disposent du droit à la liberté d’expression.

De ce fait, l’exercice de ce droit ne peut en principe justifier une quelconque sanction à l’égard du salarié, qui ne commet pas de faute.

En effet, selon l’article L 2281-3 du Code du travail : « *Les opinions que les salariés, quelle que soit leur place dans la hiérarchie professionnelle, émettent dans l'exercice du droit d'expression ne peuvent motiver une sanction ou un licenciement* ».

531 Ainsi, la jurisprudence est venue apporter des précisions sur ce sujet fin des années quatre-vingt, dans une affaire Clavaud⁵⁷¹.

En l’espèce, un salarié a été licencié en raison d’une interview dont il faisait l’objet dans un journal, où il donnait des précisions sur ses nuits au travail.

Le Conseil des prud’hommes a considéré que ce licenciement était injustifié en raison de l’atteinte portée à la liberté d’expression du salarié.

En se fondant sur le visa de l’article 1131 du Code civil : « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* », les juges du fond considèrent que le licenciement litigieux repose sur une cause illicite devant aboutir à la nullité du licenciement.

532 Quant à la Cour d’appel, celle-ci considère aussi que le licenciement est nul en se fondant sur l’article L 2281-1 du Code du travail.

⁵⁷¹ Cass. soc. 28 avril 1988 N° de pourvoi: 87-41804

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi de l'employeur en précisant que « *les juges du fond n'ont fait état de l'article L.461-1 [nouvel article L 2281-1 du Code du travail] que pour en déduire que l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise étant dépourvu de sanction, il ne pouvait en être autrement hors de l'entreprise où il s'exerce, sauf abus, dans toute sa plénitude* ».

Cet arrêt met en évidence plusieurs points :

- tout licenciement qui reposerait sur une atteinte à la liberté d'expression est nul,
- le salarié bénéficie de la liberté d'expression dans et hors de l'entreprise,
- « sauf abus » de la part du salarié.

533 Précisons dans ce sens que la liberté d'expression du salarié en dehors de l'entreprise ne fait pas l'objet de l'article L 2281-1 du Code du travail mais du fameux article L 1121-1 du Code du travail :

« *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

La liberté d'expression du salarié se donc trouve limité lorsque le salarié en abuse mais aussi lorsqu'elle n'est pas « *justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché* ». Le salarié ne peut pas jouir d'une liberté d'expression « illimitée ». Il se doit de respecter son obligation contractuelle de **loyauté** mais aussi de **discrétion**⁵⁷².

534 Quant à l'employeur, il doit justifier les atteintes à la liberté d'expression de son salarié. En effet, la restriction de la liberté d'expression du salarié est appréciée en fonction du principe de proportionnalité et donc selon plusieurs éléments : le poste du salarié, la nature de ses fonctions, ses responsabilités.

Par conséquent, nous devons nous pencher sur la signification du terme : abus de droit.

La doctrine a tenté d'expliquer ce terme.

Les Professeurs WEILL et TERRE ont affirmé qu'un abus se caractérisait par une « *intention de nuire, mauvaise foi patente ou erreurs de conduites graves, absences de motifs sérieux ou faute légère, celle que ne commettrait pas un être raisonnable, envisagé in abstracto* »⁵⁷³.

Le salarié doit avoir commis une faute qui peut s'évaluer de différentes façons :

⁵⁷² Informatique et libertés, L'e-réputation sous le prisme du droit du travail, Emmanuel WALLE et Sophie SAVAIDES

⁵⁷³ A.Weill, F.Terré, Droit civil-les obligations, 4éd, n°638 et suivants.

- par des infractions pénales : menaces, injures, diffamations... etc,
- par des atteintes à l'autorité de l'employeur,
- des atteintes non justifiées par un intérêt légitime,
- enfin, l'employeur doit justifier de conséquences dommageables pour lui ou son entreprise.

De plus, la doctrine rajoute qu'un élément matériel (une « *divulgaration d'informations secrètes de l'entreprise* » par exemple) et un élément moral (une « *atteinte à l'image ou à la réputation de l'entreprise* ») doivent être mis en évidence.

535 Quant à la jurisprudence, celle-ci précise que pour mettre en évidence un abus de la liberté d'expression, il faut l'analyser en fonction de poste occupé par le salarié⁵⁷⁴.

De plus, est constitué un usage abusif de la liberté d'expression du salarié lorsque celui-ci profère des « *accusations mensongères avec intention de nuire* » à son employeur⁵⁷⁵.

La jurisprudence s'est penchée sur le droit d'exprimer ses opinions politiques en entreprise.

En principe, un salarié ne peut être sanctionné pour avoir exprimé ses opinions politiques.

Dans ce sens, le Conseil d'Etat a jugé que « *l'expression des idées politiques ou religieuses ne saurait être entravée par une clause du règlement intérieur* »⁵⁷⁶.

En l'espèce, il s'agissait d'un salarié de la « *Syrian Arab Airlines* » qui a été licencié pour avoir tenu des propos injurieux à l'encontre du chef de l'Etat syrien devant ses collègues.

La Cour de cassation a validé le licenciement car l'attitude litigieuse en question avait « *indigné* » les autres salariés, et que le « *comportement ne constituait pas un trouble manifestement illicite* ». La Cour de cassation valide l'argumentation de l'employeur qui précisait que « *ce ne sont pas les opinions politiques qui sont sanctionnées mais leur expression outrée* ».

536 D'autre part, la problématique de la liberté d'expression se retrouve particulièrement sur les réseaux sociaux.

Nous allons donc nous pencher sur un phénomène en plein essor depuis ces cinq dernières années, à savoir les réseaux sociaux et en particulier « *facebook* ».

En l'occurrence, qu'advient-il lorsqu'un salarié exprime sur ces réseaux sociaux des propos concernant l'entreprise ainsi que son employeur ?

⁵⁷⁴ Soc. 27 nov. 1991 Dr. soc. p 334

⁵⁷⁵ Soc., 16 nov. 1993, Jurisprudence Sociale UIMM 1994 p31

⁵⁷⁶ Cons. d'Et. 25 janv 1989 RJS 1989 N° 423.

Tout d'abord, il est nécessaire de souligner que les réseaux sociaux peuvent constituer un avantage pour les entreprises, en ce qu'ils « *valorisent leur image et leur réputation* », mais peuvent aussi à l'inverse constituer un inconvénient en portant atteinte à son image et à sa réputation.

En effet, une étude de l'observatoire *Hopscotch-Viavoice*⁵⁷⁷ a précisé que « *67 % des français s'expriment sur leur entreprise sur les médias sociaux de façon positive, contre 21% de façon négative* ».

Ce sont les 21% en question qui vont faire l'objet de notre étude car ils peuvent avoir une répercussion plus ou moins grave sur l'entreprise, et l'employeur.

Nous sommes encore face à un conflit de libertés fondamentales, à savoir la liberté d'expression à l'encontre de la liberté d'entreprendre de l'employeur.

Une nécessaire **conciliation** doit être mise en place entre la **liberté d'expression des salariés** et les **intérêts de l'entreprise**.

Nous pouvons donc nous demander si un employeur peut sanctionner un salarié lorsque celui-ci porte atteinte à son e-réputation.

537 Rappelons que le pouvoir de direction de l'employeur se fonde sur l'article L 1331-1 du Code du travail : qui dispose que « *constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prises par l'employeur à la suite d'agissements du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération* ».

L'employeur dispose d'un panel de sanction allant de la simple observation jusqu'au licenciement disciplinaire.

Nous allons voir que certains propos peuvent porter atteinte à la liberté de l'entreprise, à savoir ceux qui consistent à faire du dénigrement, des incitations à la rébellion ou de la divulgation d'informations confidentielles.

De plus, les propos que les salariés tiennent sur leur compte facebook doivent avoir un lien avec l'entreprise et l'employeur.

M. Michel VIVANT parle de « *sphère* », un lien doit donc être établi entre la « *sphère privée* » et la « *sphère publique* ».

⁵⁷⁷ Observatoire Hopscotch-Viavoice, Salariés et médias sociaux, janv. 2011, consultable sur <http://www.hopscotch.fr/media/00/01/3936005242.pdf>

Même si le salarié bénéficie d'une liberté d'expression dans et hors de l'entreprise, celle-ci doit être utilisée de façon « *loyale* ».

Lorsqu'un salarié commet un abus en s'exprimant sur facebook, ce dernier est susceptible d'engendrer un licenciement pour motif personnel (A), qui peut dans certains cas être caractérisé de licenciement pour motif disciplinaire (B).

A. L'abus de la liberté d'expression sur facebook : le licenciement pour motif personnel

538 Il est nécessaire de souligner au préalable, que le système de preuve élaboré par la jurisprudence s'avère assez strict et sévère à l'encontre de l'employeur.

Les premiers cas de licenciement des salariés à cause du site facebook sont apparus au cours de l'année 2010.

Puis, durant l'année 2013, près de soixante licenciements étaient liés audit réseau social.

En effet, et comme le précise Gautier DEMALAFOSSE, facebook est considéré à l'heure actuelle dans la majorité des cas comme un « *journal intime numérique* »⁵⁷⁸, ce qui réduit l'opportunité de l'employeur de prouver ses allégations reposant sur des faits relevant de la vie privée du salarié.

Le critère jurisprudentiel du paramétrage du compte : licenciement personnel :

Distinction compte public / compte privé :

539 Avant de rechercher si un employeur peut sanctionner un salarié à cause des propos que celui-ci a tenu sur facebook, il est nécessaire de savoir si un employeur a le droit de prendre connaissance desdits propos (directement ou indirectement) sans violer le secret des correspondances.

A cette question, la Cour d'appel de Reims répond : qu' « *il ne s'agit pas d'une atteinte à la sphère privée au regard de tous les individus, amis ou non qui peuvent voir le profil d'une personne et accéder à son mur et aux messages qu'elle écrit ou qui lui sont adressés* », et rajoute « *qu'au surplus, la violation d'une correspondance privée suppose qu'un échange*

⁵⁷⁸ Droit social, Actualité sur l'aspect probatoire des licenciements Facebook, Gautier DEMALAFOSSE, Docteur en droit

écrit ne puisse être lu par une personne à laquelle il n'est pas destiné, sans que soit utilisé des moyens déloyaux ... »⁵⁷⁹.

La Cour d'appel de Rouen quant à elle tient un raisonnement plus nuancé et précise que la solution diffère en fonction du paramétrage du compte du salarié, à savoir compte privé ou public :

« Il ne peut être affirmé de manière absolue que la jurisprudence actuelle nie à Facebook le caractère d'espace privé, alors que ce réseau peut constituer soit un espace privé, soit un espace public, en fonction des paramétrages effectués par son utilisateur »⁵⁸⁰.

Citons en outre le fameux arrêt de la société ALTEN, où trois salariés ont été licenciés pour *« incitation à rébellion contre la hiérarchie et dénigrement envers la société »* sur le *« mur »* facebook d'un autre salarié⁵⁸¹.

Cet arrêt va établir une distinction importante entre *« compte public »*, c'est-à-dire paramétré comme étant accessible au public et *« compte privé »* c'est-à-dire formant une *« communauté d'intérêt »* permettant dans un cas de sanctionner le salarié (compte public) et pas dans l'autre.

En effet, le juge a essayé d'établir si les propos litigieux relevaient de la *« sphère privée »* ou de la *« sphère public »*.

La preuve de l'employeur a pu être acceptée car le compte du salarié était paramétré comme étant accessible aux *« amis »* et aux *« amis des amis »*.

La Conseil des prud'hommes se range du côté de l'employeur en précisant qu'

« En premier lieu, il est fait observer que Mme. C. a choisi, dans le paramètre de son compte, de partager sa page Facebook avec « ses amis et leurs amis », permettant ainsi un accès ouvert, notamment par les salariés ou anciens salariés de la société A. ; il en résulte que ce mode d'accès à Facebook dépasse la sphère privée et qu'ainsi la production aux débats de la page mentionnant les propos incriminés constitue un moyen de preuve licite du caractère bien-fondé du licenciement. Dès lors, l'employeur n'a pas violé le droit au respect de la vie privée de la salariée. [...] En participant à cet échange, Madame S. a abusé de son droit d'expression visé à l'article L. 1121-1 du Code du travail et a nui à l'image de la société A., en raison des fonctions qu'elle exerçait en sa qualité de chargée de recrutement, la conduisant à être en contact avec des candidats et de futurs salariés ».

⁵⁷⁹ [CA Reims, 9 juin 2010, no 09/03205](#)

⁵⁸⁰ [CA Rouen, 15 nov. 2011, no 11/01830](#)

⁵⁸¹ Cons. prud'h Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, no 10/00850

La Cour va plus loin en rajoutant que les « *posts ne sont pas des correspondances privées dans la mesure où ils ne sont pas destinés exclusivement à une (des) personne(s) déterminée(s) mais à une personne non déterminées et non individualisées* »⁵⁸².

L'acceptation des preuves de l'employeur a été autorisée en vertu de la liberté d'accès du compte du salarié.

En somme lorsque le compte Facebook d'un salarié est ouvert au public et contient des propos désobligeants à l'encontre de l'employeur, ce dernier peut le licencier pour motif personnel⁵⁸³.

Cette jurisprudence a été confirmée l'année d'après⁵⁸⁴.

540 Dans ce sens, la Cour de cassation dans un arrêt du 10 avril 2013 a affirmé que les propos injurieux publiés sur le compte facebook d'un salarié n'étaient pas des injures publiques car le compte était fermé au public (accès limité qu'à quatorze amis en l'espèce).

Elle évoque le terme de « **communauté d'intérêts** » à l'instar de « *sphère privée* » et affirme que les propos litigieux postés sur le profil du salarié ne sont « *accessibles qu'aux seules personnes agréées par l'intéressée, en nombre très restreint* », « *celles-ci formaient une communauté d'intérêts* », ce dont il résulte que les propos ne sauraient constituer des injures publiques⁵⁸⁵.

A contrario, la jurisprudence considère le licenciement comme sans cause réelle et sérieuse si l'employeur n'arrive pas à prouver le caractère public du compte facebook de son salarié⁵⁸⁶.

Outre le cas du licenciement pour motif personnel, lorsqu'un « abus caractérisé » est mis en lumière, celui-ci peut engendrer un licenciement pour motif disciplinaire (B).

⁵⁸² Le Clainche J, in RLDI 2011/67, no 2208 ; Hardouin R., in RLDI précitée, no 2209

⁵⁸³ Cons. prud'h. Boulogne-Billancourt, 19 novembre 2010, Mme S. c/Société Alten ; RLDI 2011/51, no 2208 et no 2209, p. 51, JCP 2010, no 48 act. 559, obs. Verkindt P-Y

⁵⁸⁴ [CA Besançon, 15 nov. 2011, no 10/02642](#), F. c/ Sté C., Juris-Data, no 2011-031655 ; Comm. comm. électr. 2012, no 4, comm. 44, note Caprioli E-A.

⁵⁸⁵ Cass 1^{ère} civ 10 avril 2013, RLDI 2013/93, n°3095, obs. J. de R. et L. C.

⁵⁸⁶ CA Rouen, ch. soc., 15 nov. 2011, no 11/01827, Mélanie R. c/ Vaubadis, Juris-Data, no 2011-028442 ; Comm. comm. électr. 2012, no 9, comm. 103, note Caprioli E-A.

B. Un abus caractérisé de la liberté d'expression sur facebook : le licenciement pour motif disciplinaire

541 L'élaboration d'un licenciement pour motif disciplinaire repose sur la nécessaire exigence jurisprudentielle de preuves plus élaborées.

En effet, dans un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 24 mars 2014⁵⁸⁷, un chauffeur / routier a été licencié pour faute lourde car il a tenu des « *propos désobligeants, diffamatoires et insultants sur le site Facebook* ».

Il est nécessaire de rappeler qu'il appartient à l'employeur de prouver que la faute du salarié justifie une sanction disciplinaire.

Le juge étudie la façon dont l'employeur a été tenu au courant de l'existence de ces propos.

En résumé, plusieurs salariés qui s'en sont aperçus via leurs comptes personnels sont partis en informer l'employeur.

Par conséquent, l'employeur a pu obtenir de ces salariés, trois attestations relatant les propos litigieux.

Cependant, il ne pouvait montrer lesdits propos au juge car il n'avait pas pris la précaution de réaliser une « *impression d'écran* », le salarié en cause ayant supprimé son statut dès qu'il a appris qu'il était convoqué à un entretien préalable de licenciement.

Le juge arbore à ce sujet un raisonnement assez contestable, en précisant « *qu'un tel acte ne saurait être reproché à un salarié, d'une part, parce qu'il dispose librement de son compte, et d'autre part, parce que l'employeur se plaignait des propos qui y étaient présents* ».

Le juge conseille aux employeurs victimes de propos insultants de les faire constater immédiatement via un « **constat d'huissier** », afin de pouvoir voir lesdits propos et de savoir si le compte était accessible au public ou non :

« *L'employeur n'a cru pas opportun de faire pratiquer immédiatement un constat d'huissier sur internet qui aurait permis sans contestation possible de savoir les mentions qui étaient accessibles à tout public sur le compte Facebook de Francis X* ».

542 De plus, la Cour rajoute que l'expertise réalisée par l'huissier n'est pas suffisante pour caractériser une faute grave, il faut que l'employeur prouve « *le lien entre le profil litigieux et le dommage subi par l'entreprise* ».

⁵⁸⁷ CA Lyon, ch. soc. A, 24 mars 2014, no 13/03463

Nous pouvons faire un parallèle avec le régime de la responsabilité civile qui exige un lien de causalité entre l'action fautive et le dommage causé (article 1382 du Code civil).

Les juges de la Cour d'appel ont donc pu retenir un licenciement pour cause réelle et sérieuse fondé sur les trois attestations démontrant la réalité de l'abus des propos.

Mais la faute grave n'a pas pu être validée en raison de l'impossibilité pour l'employeur de prouver que le préjudice qu'il a subi a comme source « *l'abus de la liberté d'expression du salarié* ».

Dans une autre espèce de la Cour d'appel de Bordeaux du 1^{er} avril 2014, un salarié a aussi été licencié pour avoir tenu des propos désobligeants à l'encontre de son employeur sur son compte facebook.

L'employeur a pu présenter devant le juge : deux attestations de collègues du salarié licencié, ainsi que des « *captures d'écran* » des propos litigieux.

Cependant, le licenciement n'a pas été validé par les juges de la Cour d'appel car l'employeur était dans l'impossibilité de prouver si le compte facebook du salarié en question était accessible au public ou non.

543 Au préalable, les juges précisent que de simples attestations ne permettent pas de justifier un licenciement : « *La Cour estime tout d'abord que les attestations précitées, émanant de personnes ayant un lien de subordination avec l'employeur, doivent être utilisées avec discernement, et ce, d'autant qu'elles comportent certaines imprécisions ou approximations* ».

Un tel raisonnement de la Cour d'appel permet de protéger le salarié contre des dénonciations provenant de ses collègues, qui pourraient dans certains cas manquer d'objectivité.

En effet, dans la majorité des affaires « *facebook* », l'employeur vient à être informé de l'existence de ces propos via ses salariés.

L'instauration de ce principe par la Cour de cassation empêche que « *la seule dénonciation en interne suffise à licencier un salarié* » (Gautier DEMALAFOSSE).

544 De plus, la Cour affirme qu'une « *capture d'écran* » ou un « *simple copié collé* » ne permet pas d'établir des preuves suffisantes car elles ne prouvent pas si le compte en question est public ou privé :

« *De plus, l'extrait de compte Facebook produit aux débats n'est pas suffisamment probant pour asseoir un licenciement pour faute grave : copié-collé de deux conversations qui se seraient tenus en mars 2010 puis en novembre 2010* ».

La Cour exige d'obtenir un constat d'huissier qui précisera si les propos litigieux ont été ouverts au public ou non.

Pour que l'employeur puisse justifier d'un licenciement disciplinaire à l'encontre d'un salarié qui a tenu des propos désobligeants sur facebook, il faut :
un **constat d'huissier** : permettant de prouver l'existence des propos et de savoir si le compte était public ou privé afin d'établir un **lien entre les propos litigieux et le préjudice subi par l'entreprise**.

545 Seulement, il faut noter que les employeurs ne se cantonnent pas seulement au Conseil des prud'hommes mais peuvent aussi saisir la juridiction pénale en cas d'injures publiques.

Le Tribunal de Grande Instance de Paris a eu à traiter d'une telle affaire au cours de l'année 2012.

En l'espèce, suite au suicide d'une salariée « militante syndicale » de l'entreprise, un salarié s'est exprimé de la façon suivante sur « mur » Facebook de « cgt fapwebhelp » : « journée de merde, temps de merde, boulot de merde, boîte de merde, chefs de merde... Ben j'aime pas les petits chefaillons qui joue au grand ».

La supérieure hiérarchique visée par ces propos, ainsi que les sociétés Webhelp et Webhelp Caen se constituent partie civile.

Le salarié s'est vu condamner par le Tribunal correctionnel de Paris pour injures publiques ; En effet, les juges ont considéré que les propos litigieux constituaient des « expressions outrageantes à l'encontre de la direction de l'entreprise », et que « la supérieure hiérarchique avait pu se sentir visée ».

De plus, le fait que le décès de la salariée ait un lien avec son activité professionnelle n'était pas démontrée⁵⁸⁸.

546 En conclusion, il serait nécessaire d'adopter des **mesures de prévention** :

Une fois le salarié sanctionné, il est légitime de douter du fait que ladite sanction ne puisse pas réparer l'atteinte causée à l'entreprise.

Principalement en ce qui concerne l'atteinte à la réputation d'une société.

⁵⁸⁸ TGI Paris, 17e ch. corr., 17 janv. 2012, no 1034008388 ; Semaine sociale Lamy, 23 janv. 2012, no 1522, p. 14

Ne serait-il pas plus judicieux d'élaborer des mesures de prévention, afin d'éviter ce genre d'incidents ?

Cela reviendrait à instaurer une politique de « *sensibilisation des salariés* » afin de les informer et les responsabiliser à ce sujet.

Comment bien utiliser les réseaux sociaux dans et hors de l'entreprise ?

Dans quelles mesures le salarié dépasse son droit à la liberté d'expression ?

Quelles en seraient les conséquences pour l'entreprise ? Et donc, pour leur travail aussi ?

Toutes les réponses à ces questions pourraient figurer dans un document, « *code de bonne conduite* », « *charte de systèmes d'information* ».

L'employeur pourrait aussi organiser des colloques sur ce sujet.

Mais aussi désigner des « *interlocuteurs privilégiés formés sur ces questions* » appelés « *référents* »⁵⁸⁹.

La mise en œuvre de ces moyens, à savoir information, sensibilisation et responsabilisation des salariés au préalable permettrait donc d'éviter ce genre de « dérapage » sur les réseaux sociaux.

Facebook en faveur des salariés :

547 Il est nécessaire de préciser que facebook peut aussi venir en aide aux salariés.

En effet, les juges Cour d'appel de Poitiers lors d'un arrêt du 1^{er} janvier 2013, ont admis que « *l'existence d'un contrat de travail pouvait être prouvée au moyen de propos tenus sur Facebook* ».

La Cour a précisé qu'« *il s'évince de ces messages que, le 24 septembre 2009, Mme D. désignait "Adeline", prénom de Mme T., comme sa vendeuse, et qu'elle se plaignait le 15 septembre 2009 d'être "déçue par Adeline", qui lui cherchait "des noises avec son avocat" après avoir évoqué le 25 juillet 2009 avoir "viré la vendeuse"* ».

Et rajoute que « *le contenu de ces messages présente une analogie suffisante avec le contexte litigieux pour démontrer que Mme Adeline T. a bien été recrutée par Mme D. comme vendeuse courant juillet 2009 et que les relations contractuelles ont brutalement cessé le 21 juillet 2009 dans un contexte conflictuel* ».

⁵⁸⁹ Informatique et libertés, L'e-reputation sous le prisme du droit du travail, Emmanuelle WALLE et Sophie SAVAIDES

Les propos tenus sur facebook par l'employeur en question ont donc pu prouver l'existence d'un contrat de travail à durée indéterminée.

Qu'en est-il des relations concrètes des salariés, et plus particulièrement, ses relations amoureuses (§2) ?

§ 2 : La liberté des relations amoureuses des salariés

548 Depuis d'assez nombreuses années, les relations établies au sein des sociétés se multiplient, nous n'ignorons pas en effet l'augmentation du pourcentage de relations sentimentales, amoureuses et / ou sexuelles qui s'établissent au sein des différentes sociétés. Selon un sondage Opinionway réalisé sur 1001 employés du privé comme du public, un bon tiers des salariés avouent être sortis au moins une fois durant leur carrière avec un collègue de travail.

Toutefois, ce constat nous amène aux problématiques suivantes :

Quelles conséquences et quels problèmes voir quels effets ou impacts ces relations peuvent elles avoir au sein d'une entreprise ?

549 Il est par ailleurs légitime de se poser la question de savoir s'il est possible juridiquement d'entretenir une relation amoureuse avec son collègue ?

Comment cela doit il se dérouler à l'intérieur des locaux ? Il y a-t-il des pièces interdites ?

Peut – on envoyer des mails personnels et autres déclarations d'amour lancinantes avec notre boîte professionnelle ? Si oui, l'employeur a-t-il un droit de regard sur ces actions ?

A-t-il un droit de regard préalable sur ce genre de relation ?

Peut – il intervenir sur celle-ci ?

Le milieu du travail serait – il enfin... « aphrodisiaque » ?

Le droit du travail est-il de nature à limiter ou à encadrer cette pratique ?

Observe – t – on un retard du droit dans ce domaine ?

Malgré les tentatives de l'employeur et par là des instances de direction pour contrôler et parfois même restreindre la vie privée du salarié, celle-ci triomphe toujours.

Peut-on parler de la puissance de l'amour face à l'impuissance de la gouvernance d'entreprise ?

La dominance de l'amour soutenu par le droit face aux mesures prises par la gouvernance d'entreprise s'observe au préalable de cette relation, à la naissance de celle-ci (A), pendant son déroulement et à la fin (B).

A. La naissance d'une relation amoureuse en entreprise

550 Notons tout d'abord qu'il est de plus en plus fréquent de rencontrer des personnes qui admettent avoir connu leur conjoint sur leur lieu de travail.

En effet, nombre de relations amoureuses sont nouées soit au sein d'une entreprise ou par l'intermédiaire de réseaux sociaux.

De nombreux magazines, sondages effectués attestent en effet des premières rencontres effectuées au sein d'une société : multiplication des textos voire même « sextos » envoyés entre collègues, voir collaborateurs, des pauses rallongées, des attirances réciproques autour d'une machine à café avec des discussions lancinantes retardant voir même pénalisant le travail à effectuer (problème de ponctualité, déjeuner plus longs...).

Selon une étude menée par Michel BOZON, chercheur à l'institut national d'études démographiques (Ined), Internet n'a pas pris le pas sur les lieux de rencontres traditionnels.

(Article d'Emmanuelle REJU relative à l'étude menée par Michel BOZON, « *Qui se ressemble s'assemble* ». *Si l'adage reste vrai, les modes de rencontre des conjoints ont évolué* »⁵⁹⁰).

551 En effet, la montée en puissance des NTIC avec les rencontres sur internet ne change en rien l'effervescence de la rencontre sur le lieu de travail.

Mais dans ce monde impitoyable qu'est celui de l'entreprise, il est fréquent que les langues se délaient, aussi, adopter une attitude respectueuse envers les autres et ne surtout pas perturber les relations dans l'entreprise est nécessaire.

Par ailleurs, on peut alors se demander si l'activité principale reste le travail et si la vie privée n'empiète pas sur la finalité première du salarié.

En effet, toute relation au sein d'une entreprise doit faire figure d'exception ou ne pas apparaître de manière ostentatoire.

Mais les difficultés surgissent lorsque certaines des barrières sont franchies voir lorsque l'intimité des personnes remet en cause leur entente au sein de cette entreprise.

⁵⁹⁰ selon une étude de l'Ined publiée jeudi 24 janvier. <http://www.lacroix.com/Famille/Couple>

Qu'en est-il en pratique ?

Le Code du travail parle – t – il de ce cas de figure ?

Intervient – il sur les relations amoureuses au sein même d'une entreprise ?

Notre législation française à travers son Code civil et son Code du travail protège vos amours, ceux-ci n'ont pas à rester à l'extérieur de l'entreprise.

En effet, l'amour est une liberté individuelle, qui de ce fait ne constitue pas un motif de licenciement sauf dans certains cas particuliers.

1) L'amour : une liberté individuelle

552 L'amour est une **liberté individuelle** et de ce fait elle appartient à la **vie privée du salarié**. Dans ce sens, le Code civil prévoit que chacun a droit au respect de sa vie privée dans son article 9 (alinéa 1^{er}) : « *Chacun a droit au respect de sa vie privée* ».

Et dans son article L 1121-1, le Code du travail précise que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

Avant de détailler le point de vue de la jurisprudence, il est important de préciser que la vie privée est aussi protégée au niveau européen, en effet, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme proclame le droit de toute personne au respect de sa vie privée ...

Cette liberté individuelle peut elle constituer un motif de licenciement ?

2) Une relation amoureuse : un motif de licenciement ?

553 La jurisprudence française considère qu'une relation amoureuse n'est pas en soi un motif disciplinaire pouvant justifier une sanction, elle ne crée pas en soi un trouble dans l'entreprise. La relation amoureuse n'est pas un motif de licenciement.

En principe, l'employeur ne peut pas licencier un salarié pour un fait tiré de sa vie privée.

La chambre sociale de la Cour de cassation affirme dans un arrêt du 21 décembre 2006 :

« Mais attendu que la cour d'appel, appréciant sans dénaturation les éléments de preuve, a constaté qu'il n'était pas établi que les faits imputés à Mme X..., relevant de sa vie privée, aient créé un trouble caractérisé dans l'entreprise, et en a exactement déduit qu'ils ne pouvaient constituer un motif de licenciement ; que le moyen n'est pas fondé ; »⁵⁹¹

Un fait de la vie personnelle ne peut donc justifier un licenciement disciplinaire.

Dans un arrêt en date du 23 juin 2009, la Cour de cassation juge qu'un fait de la vie personnelle du salarié ne peut justifier un licenciement disciplinaire, dès lors que celui-ci ne constitue par un manquement aux obligations professionnelles.

Cass. Soc. 23 juin 2009 n° 07-45256 :

« Attendu cependant qu'un fait de la vie personnelle ne peut justifier un licenciement disciplinaire;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il résultait de ses constatations que les faits reprochés à Mme Y... ne constituaient pas des manquements à ses obligations professionnelles, la cour d'appel a violé les textes susvisés; »

Une salariée ne peut ainsi pas être licenciée en raison de sa liaison avec l'un de ses supérieurs hiérarchiques sous le seul prétexte d'éviter un éventuel scandale

De plus selon un arrêt ancien de 1982⁵⁹² :

« MAIS ATTENDU QUE LA COUR D'APPEL A RELEVE QUE LA SOCIETE NE DEMONTRAIT PAS QUE LE COMPORTEMENT DE DEMOISELLE X... EUT CAUSE LE MOINDRE SCANDALE AU SEIN DE L'ENTREPRISE OU LUI EUT OCCASIONNE LE MOINDRE PREJUDICE ; QU'ELLE EN A EXACTEMENT DEDUIT, REpondant par la MEME AUX CONCLUSIONS PRETENDUMENT DELAISSEES, QUE LE LICENCIEMENT DE L'INTERESSEE AVAIT CONSTITUE UNE INTERVENTION ABUSIVE DE L'EMPLOYEUR DANS SA VIE PRIVEE ; QU'IL S'ENSUIT QUE LE MOYEN N'EST PAS FONDE ; »

⁵⁹¹ Cass. soc. 21 décembre 2006, n° [05-41140](#) D

⁵⁹² Cass. soc. 30 mars 1982, n° [79-42107](#)D

554 Par ailleurs, le licenciement est également dépourvu de cause réelle et sérieuse s'il est fondé sur la liaison d'un salarié avec une de ses collègues, concubine notoire d'un autre salarié, à condition que les incidents relatifs à la vie privée du salarié n'aient pas eu de retentissement sur le travail ou sur la marche de l'entreprise.

*« Attendu, d'autre part, qu'il ne peut être procédé à un licenciement pour une cause tirée de la vie privée du salarié que si le comportement de celui-ci, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière ;
Et attendu que la cour d'appel, ayant relevé qu'il n'était pas établi que les incidents relatifs à la vie privée de M. X... aient eu un retentissement sur son travail ni sur la marche de l'entreprise, a, par ce seul motif, justifié sa décision ; »⁵⁹³*

555 Aussi, la jurisprudence protège les relations amoureuses du salarié en entreprise (sa vie privée) contre l'arbitraire de l'employeur qui abuserait de son pouvoir de sanction pour licencier un salarié entretenant une simple relation avec son collègue.

Nous allons voir que même si une relation amoureuse n'est pas en soi un motif de licenciement, ses conséquences, quant à elles, peuvent en constituer un.

3) Les conséquences d'une relation amoureuse : porte ouverte à une sanction envers le salarié ?

556 Il faut savoir qu'une relation amoureuse peut engendrer certaines conséquences, ce sont ces dernières qui peuvent porter préjudice à l'entreprise (non la relation elle-même). Cette relation amoureuse pour être préjudiciable doit entraîner un **trouble caractérisé au sein de l'entreprise** : les tâches à accomplir du salarié et la finalité propre de l'entreprise sont remises en cause.

C'est l'employeur qui doit rapporter la preuve de ce trouble objectif à l'entreprise.

La Cour de cassation exige que les juges du fond prennent en compte plusieurs éléments afin de caractériser ce trouble objectif, elle attend d'eux une appréciation *in concreto* de la situation.

⁵⁹³ Cass. soc. 19 novembre 1992, n° [91-45579](#) D

De plus, ce trouble caractérisé peut être déterminé en fonction de plusieurs éléments, à savoir la nature de la tâche, les fonctions du salarié, la finalité de l'entreprise, la taille de l'entreprise, son secteur, sa notoriété...

Si ce trouble n'existe pas, le salarié ne peut être licencié.

557 Ce principe a d'ailleurs été posé par l'arrêt Painsecq du 17 avril 1991⁵⁹⁴.

En l'espèce, un aide sacristain de la paroisse Saint Nicolas du Chardonnet avait été licencié en raison de ses mœurs contraires aux principes de l'Eglise catholique (il était homosexuel).

La Cour d'appel s'est rangée derrière l'église ayant licencié ce sacristain, et admet le bien fondé de ce licenciement en rappelant que l'homosexualité est condamnée par l'Eglise catholique, et qu'il importe peu que son comportement ait provoqué ou non un scandale.

La chambre sociale de la Cour de cassation va censurer cet arrêt :

En posant en premier le principe tiré des anciens articles L 122-35 et L 122-45 / nouveaux articles L 1132-1 et L 1321-3 du Code du travail selon lesquels **l'employeur ne peut congédier un salarié pour le seul motif tiré de ses mœurs**.

Et elle rajoute ensuite que le licenciement du salarié pour un motif tiré de son comportement ne peut être prononcé que si celui-ci, « compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un **trouble caractérisé au sein de cette dernière** ».

Dans cet arrêt, la Cour d'appel n'avait pas mis en lumière l'existence ou non du trouble caractérisé.

Nous avons donc posé l'origine et la définition du trouble.

Il est nécessaire de revenir aux conséquences de la relation amoureuse en entreprise.

558 En effet, lorsque le comportement du salarié a créé un trouble caractérisé dans l'entreprise, l'employeur peut prouver que les conséquences de la liaison lui ont été préjudiciables.

Il devient alors possible de sanctionner le salarié.

Ainsi, la violence d'un salarié envers sa concubine, également salariée de l'entreprise, qui avait donné lieu à son arrestation a entraîné un trouble objectif caractérisé, même si ce fait relevait de la vie personnelle. L'employeur pouvait redouter de nouveaux incidents, et la

⁵⁹⁴ Cass. soc 17 avril 1991, n° 90-42636

réputation de l'entreprise ainsi que l'image de marque auprès des salariés pouvaient en être affectées : le licenciement était donc possible :

« Mais attendu que si, en principe, il ne peut être procédé à un licenciement pour un fait tiré de la vie privée du salarié, il en va autrement lorsque le comportement de celui-ci a créé un trouble caractérisé à l'entreprise ;

*Et attendu que la cour d'appel, qui a constaté que le comportement du salarié à l'égard de sa concubine, également salariée de l'entreprise, avait entraîné son arrestation sur le lieu du travail, et que l'employeur pouvait craindre la survenance de nouveaux incidents, a fait ressortir que ce comportement avait entraîné, pour l'entreprise, un trouble objectif caractérisé ; qu'elle a décidé, dans l'exercice des pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 122-14-3 du Code du travail, que le licenciement procédait d'une cause réelle et sérieuse ; que le moyen n'est pas fondé ; »*⁵⁹⁵

559 De plus, l'existence du trouble caractérisé a été admise dans le cas d'un cadre qui avait volontairement frappé sa compagne, elle-même salariée, à proximité immédiate de l'usine où il avait travaillé dans le passé, l'incident ayant donné lieu à des réactions du personnel

« Mais attendu que si, en principe, il ne peut être procédé à un licenciement pour une cause tirée de la vie privée du salarié, il en va autrement lorsque le comportement de celui-ci, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière ;

*Et attendu que la cour d'appel a constaté que les agissements reprochés à M. E..., qui a volontairement frappé sa compagne, elle-même salariée de la société Velcorex, ont eu pour cadre l'enceinte et la proximité immédiate de l'usine où il était affecté dans le passé et connu des salariés, à l'heure où l'équipe de l'après-midi quittait son poste ; que le lendemain, l'incident a provoqué de nombreux commentaires et a donné lieu à des réactions du personnel ; que, par ces motifs, exempts de tout caractère dubitatif, elle a caractérisé le trouble causé à l'entreprise et légalement justifié sa décision ; »*⁵⁹⁶

⁵⁹⁵ Cass. soc. 9 juillet 2002, n° [00-45068](#) D

⁵⁹⁶ Soc., 1er avril 1992, Bull. n° 1503

560 En outre, nous pouvons constater que certaines entreprises encouragent certains rapprochements, avec les séminaires par exemple, ces sociétés qui autorisent volontairement un environnement professionnel propice à l'amour : comme l'industrie pharmaceutique notamment qui organisent de nombreux colloques où l'on se retrouve à minuit dans une piscine ou dans des hôtels luxueux.

Un certain paradoxe est mis en évidence lorsqu'au travers de ces séminaires, les salariés se retrouvent dans une situation propice à la naissance d'une relation amoureuse alors que cette dernière peut être une entrave au bon déroulement de l'entreprise.

Dès lors que la relation est librement consentie, c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'harcèlement provoqué, pas d'agissements qui ne sont pas acceptés par un des deux salariés, il n'y a aucune difficulté, la relation peut avoir lieu.

L'employeur ne peut pas restreindre la liberté individuelle du salarié sauf si l'intérêt légitime de l'entreprise l'exige. L'éventuelle mesure prise pour remédier au trouble doit être proportionnée au but recherché (article L. 1121-1 du Code du travail).

La notion d'intérêt légitime de l'entreprise est une construction jurisprudentielle.

Seule la jurisprudence peut nous donner une définition en fonction de notre cas précis.

De plus, l'employeur doit motiver sa décision et expliquer en quoi réside l'intérêt de son entreprise.

Quand l'employeur constate des dérives (attitudes démonstratives, favoritisme, discrimination, etc.) ayant des incidences sur le travail, il peut recadrer les salariés en cause. Il peut également, si besoin est, adresser un avertissement ou prononcer toute autre sanction disciplinaire, tant que celle-ci reste justifiée et proportionnée. Il veillera alors à motiver suffisamment toute décision qu'il prend pour éviter un éventuel contentieux.

Dès lors qu'il en va de la protection de l'intérêt légitime de l'entreprise, la sanction du salarié devient alors possible.

Les mesures de gouvernance prise par la direction de l'entreprise sont soutenues par le droit à travers la jurisprudence.

Nous pouvons donc entretenir une relation amoureuse en entreprise, car celle-ci est une liberté individuelle. Mais comment se comporter avec son conjoint en entreprise (B) ?

B. La gestion de la relation amoureuse en entreprise

Comment gérer sa relation amoureuse en entreprise ? A-t-on le droit de communiquer avec son conjoint via l'outil informatique ? et comment se comporter avec ce dernier sur le lieu de travail ?

1) La communication écrite des salariés amoureux : l'échange de mails :

561 Il faut savoir que la protection de l'échange des courriels entre salariés montre que l'amour triomphe sur les mesures de gouvernance prises par l'employeur.

En effet, certains employeurs veulent exercer un contrôle sur lesdits échanges personnels.

Ce contrôle est très encadré et doit suivre une procédure très stricte mise en place par la loi et la jurisprudence.

En effet, le salarié doit respecter la séparation entre vie professionnelle et vie privée.

L'employeur peut s'attendre à ce qu'il n'y ait pas de manifestations démonstratives de sentiments sur le lieu de travail.

Il appartient ainsi aux salariés entretenant une relation amoureuse de respecter les moyens professionnels mis à leur disposition (ex. : outil informatique, documents) et de ne pas en abuser dans un but autre que professionnel.

Mais qu'en est-il des mails échangés au sein de l'entreprise entre deux collègues amoureux ? Deux salariés entretenant une relation amoureuse peuvent – ils s'envoyer des mots doux via l'outil informatique mis à leur disposition par leur employeur ?

Les employeurs ont – ils, quant à eux, un droit de regard sur cet échange de mails ?

Il s'agit d'une question récurrente tant de la part des salariés que des employeurs.

562 Nous allons en premier lieu rappeler les règles en matière informatique en entreprise et particulièrement au niveau des mails :

C'est un arrêt de la **chambre sociale de la Cour de cassation du 19 juin 2013** qui pose le **principe** suivant :

*« Les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont **présumés**, sauf si le salarié les*

identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence »⁵⁹⁷.

Le commentaire de cet arrêt au Rapport annuel précise que « *comme l'a relevé le rapport annuel de la Commission nationale de l'informatique et des libertés sur la cyber surveillance sur les lieux de travail, un ordinateur mis à la disposition d'un salarié [...] dans le cadre de la relation de travail est la propriété de l'entreprise et ne peut comporter que subsidiairement des informations relevant de l'intimité de la vie privée* ».

La Cour de cassation a rappelé dans son arrêt fondateur et très connu : l'arrêt **Nikon**⁵⁹⁸ : « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail au respect de l'intimité de sa vie privée, celle-ci impliquant en particulier le secret des correspondances* ».

Le salarié peut donc utiliser dans certaines mesures à des fins personnelles l'outil informatique professionnel.

Dans ce sens, Maître Eric Rocheblave affirme que lorsqu'un salarié se trouve sur son lieu de travail, ce dernier doit en priorité effectuer sa (ses) mission(s), néanmoins, cela n'interdit pas un usage personnel des outils professionnels mis à disposition par l'employeur (comme la photocopieuse, l'ordinateur, le véhicule de fonction) du moment que ce dernier est effectué avec modération.

En effet, les juges sont relativement tolérants dès lors que le travail est fait méticuleusement et que l'employeur n'a pas émis d'interdiction formelle.

La frontière entre l'abus et l'usage modéré est à l'appréciation de chaque employeur et de chaque juge.

L'employeur dispose dans ce cas d'un droit de contrôle qu'il ne doit pas exercer de manière arbitraire.

Ainsi, dès lors que l'employeur a des doutes sur l'usage d'un outil professionnel, il peut contrôler l'activité du salarié.

Si celui-ci a indiqué « *privé* » ou « *personnel* » dans l'objet par exemple, l'employeur ne peut regarder les mails à son insu. Mais **il peut demander au salarié, en sa présence, de contrôler son ordinateur et d'ouvrir sa boîte mail.**

Le salarié peut demander à être accompagné d'un délégué du personnel.

⁵⁹⁷ soc, 18 oct 2006, pourvoi n° 04-48.025, Bull. 2006, V, n° 308

⁵⁹⁸ Chambre soc Cdc, 2 oct 2001, pourvoi n° 99-42.942, Bull. 2001, V, n° 291

Si le salarié refuse, l'employeur ne pourra pas le forcer à ouvrir ce mail mais son refus pourra être notifié et pourra constituer le début d'un dossier prévoyant une éventuelle sanction.

En refusant le salarié prend le risque que cela figure dans son dossier.

563 Par conséquent, nous pouvons donc nous demander en second lieu quelles sont les limites au droit de contrôle de l'employeur :

Sur ce point, Maître Eric Rocheblave précise qu'il est légitime qu'un employeur contrôle le travail de ses salariés.

En revanche, les méthodes de surveillance se doivent d'être encadrées.

La surveillance de l'employeur :

D'une part, l'employeur ne peut pas, sous peine de violer le secret des correspondances, prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail. Il peut le faire en demandant l'autorisation au juge et l'intervention d'un huissier.

Pour la Cour de cassation affirme en effet que le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application de l'article 145 du nouveau code de procédure civile. (S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.), dès lors que le juge constate que la mesure qu'il ordonne : procède d'un motif légitime et est nécessaire à la protection des droits de l'employeur⁵⁹⁹. D'autre part, l'huissier doit conduire sa mission en présence du salarié. Le principe du secret des correspondances appliqué aux mails privés des salariés doit donc se concilier avec les moyens procéduraux dont dispose l'employeur via l'article 145⁶⁰⁰ du NCPC.

Ce principe a été plusieurs fois confirmé par la cour de cassation suite à l'arrêt Nikon⁶⁰¹.

⁵⁹⁹ cass. soc. 23 mai 2007, n° 05-17 818, BC V n° 84

⁶⁰⁰ « *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* » (article 145 CPC)

⁶⁰¹ cass soc, 2 octobre 2001 n° 99-42942

De plus, certains employeurs veulent installer un système de logiciel qui calcule le nombre de mails échangés, pour ce faire, il doit remplir 3 conditions :

- il doit d'abord informer et consulter au préalable les représentants du personnel de son intention,
- il doit ensuite informer au préalable les salariés,
- il doit enfin faire une déclaration à la CNIL (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés), qui peut mettre son veto. Chaque salarié a le droit de contacter la CNIL pour s'assurer que la déclaration a bien été faite.

A cet égard, l'employeur ne doit pas utiliser le système de contrôle à d'autres finalités que celles déclarées à la CNIL.

564 Par ailleurs, si les deux collègues entretenant une relation amoureuse s'échangent des « *mots doux* » via leurs boîtes professionnelles, il leur est vivement conseillé de préciser « *personnel* » ou « *privé* » dans l'objet du mail.

Ils risquent tout de même une vérification de la part de leur employeur, même si c'est en leur présence.

S'ils le font via leurs boîtes personnelles, ils le peuvent pendant leur temps de travail mais cela doit être fait avec modération. (Précisé précédemment)

Cela nous permet de rappeler l'histoire d'une salariée licenciée en 2009 pour avoir envoyé et reçu plus de 600 mails à caractère personnel en un mois sur son lieu de travail :

« Attendu cependant que constituent un moyen de preuve illicite les informations collectées par un système de traitement automatisé de données personnelles avant sa déclaration à la CNIL ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, en se fondant uniquement sur des éléments de preuve obtenus à l'aide d'un système de traitement automatisé d'informations personnelles avant qu'il ne soit déclaré à la CNIL, alors que l'illicéité d'un moyen de preuve doit entraîner son rejet des débats, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »⁶⁰²

Il s'agissait en l'espèce d'une analyste financière, employée par une société de crédit, licenciée par son employeur pour « cause réelle et sérieuse » fin 2009.

Il lui était reproché par son patron « *une utilisation excessive de sa messagerie électronique à des fins personnelles* ».

⁶⁰² Cass. soc, 8 octobre 2014, pourvoi n° 13-14991

Pour preuve, elle avait envoyé en octobre 2009, 607 mails et en novembre de la même année, 621 mails à des contacts personnels.

Cette employée avait pourtant été informée, comme les autres membres de sa société, que son employeur comptait prendre des sanctions face à la persistance des abus de communications personnelles durant les heures de travail.

La salariée a également été prévenue que sa direction allait mettre en place un dispositif de contrôle individuel de l'importance et des flux des messageries électroniques, à savoir un « *mouchard* ».

Pour toutes ces raisons, la procédure de licenciement n'a pas pu être contestée par l'employée devant les prud'hommes, ni devant la cour d'appel d'Amiens.

Mais elle a pu être contestée devant la chambre sociale de la Cour de cassation ayant constaté un vice de procédure : le dispositif de contrôle mis en place par l'employeur n'a pas été déclaré à temps par celui-ci à la CNIL.

En effet, le salarié ne peut être contrôlé à son insu, et le dispositif de contrôle mis en place par l'employeur doit être déclaré à la CNIL (sous peine de sanctions).

Ici, l'entreprise a un peu trop tardé à effectuer les formalités nécessaires, *a contrario* la preuve aurait pu être recevable et le licenciement validé.

565 En définitive, l'usage d'internet au travail et à des fins personnelles ne doit pas être abusif.

La Cour de cassation a par exemple considéré le 18 décembre 2013 que le fait d'envoyer à ses collègues de travail « *cent soixante-dix-huit courriels accompagnés de vidéos à caractère sexuel, humoristique, politique ou sportif* » caractérisait bien une faute justifiant un licenciement :

« *Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que le salarié avait, en violation de ses obligations contractuelles et du règlement intérieur de l'entreprise prohibant les connexions sur internet à des fins personnelles, envoyé à ses collègues de travail à partir de l'ordinateur mis à sa disposition par l'entreprise cent soixante dix-huit courriels accompagnés de vidéos à caractère sexuel, humoristique, politique ou sportif, ce qui caractérisait une faute, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ;* »⁶⁰³

⁶⁰³ Arrêt ch soc Cdc 18 décembre 2013, n° pourvoi : 12-17832

Mais notons que l'échange de mails n'est pas le seul moyen de communication laissé à la disposition des salariés.

2) Le comportement oral des salariés amoureux

566 Il n'y a pas que dans les séries où l'on voit naître de nombreuses histoires d'amour avec des collègues de bureau (suits, grey's anatomy...).

Selon Alain Samson auteur de « *sexe et flirt au bureau* », un salarié est tenu de venir au travail habillé décentement, (« *working boy* » and « *working girl* »), d'adopter une attitude et une posture professionnelle.

Mais tous ces artifices rendent une grande partie de nos collaborateurs « attirants ».

Néanmoins, bien que des fluctuations d'attitude ou de comportement puissent surgir, que des attirances puissent émerger, est-on en droit d'embrasser son partenaire sur son lieu de travail?

En principe, il est possible de le faire en toute discrétion, en heures supplémentaires en quelque sorte ou selon l'expression usuelle en « sous-marin ».

Mais est ce vraiment raisonnable de le faire pendant son temps et sur son lieu de travail ?

567 A cet égard, rappelons que l'époque où les personnes allaient dans le bureau d'une collaboratrice pour lui glisser des « mots doux » ou échanger quelques « embrassades » dans une salle de réunion semble révolue.

Nous pouvons donc nous demander si l'évolution des NTIC (nouvelles technologies de l'information et de la communication) a un impact sur les relations amoureuses en entreprise.

Aujourd'hui tout se passe grâce à l'évolution des NTIC, par un mail avec un *smiley* de trop, un message instantané posté sur le réseau social de l'entreprise, un dialogue clandestin sur *Gtalk*, ou un « *subtile* » ajout d'ami facebook.

Il existe une toute nouvelle application que l'on appelle « *linkedUp* » et qui fonctionne selon sur le principe de *Tinder* mais pour les professionnels : un « *like* » des deux côtés permet aux deux personnes de parler en privé.

Il y a aussi l'application *Confide*, inspirée de *Snapchat* : des messages privés qui s'effacent automatiquement, sans laisser la moindre trace.

Il existe donc plusieurs façons « *modernes* » d'approcher le ou la collègue convoitée.

Lorsque le désirant décide enfin séduire cette personne, il est nécessaire de **faire attention aux signes envoyés ou reçus**.

En effet, un simple « *bisou* » ou « *je t'embrasse* » à la fin d'un e-mail peuvent devenir des pièces à convictions dans des affaires de plaintes pour harcèlement sexuel.

La jurisprudence a même décrété que la formule « *bien à toi* » était une « *formule affectueuse* ». (Développé dans le paragraphe suivant)

Il est conseillé aussi aux salariés d'opter pour des endroits discrets pour les rencontres : salles de réunions désertes, escaliers de secours ou de services, ou même un café aux alentours le moins fréquenté par les collègues.

Il est nécessaire de faire un focus sur l'aspect déontologique des relations amoureuses au travail.

En effet, une liaison entre un supérieur hiérarchique avec un de ses subordonnés n'est pas en soi une faute grave dès lors qu'il n'est pas établi que les faits tirés de leur vie privée aient été à l'origine d'un scandale ou aient eu des répercussions sur l'exécution des obligations professionnelles⁶⁰⁴. Le risque est de confondre relation amoureuse consentie avec harcèlement sexuel.

Il est donc important pour le salarié d'adopter une attitude compatible avec les exigences de la vie en entreprise, à savoir, proscrire les démonstrations amoureuses au bureau et se garder de pratique tout favoritisme. L'employeur doit toujours veiller à ce que les évaluations, les attributions de bonus et les promotions se déroulent toujours de manière objective, et qu'elles soient perçues comme telles par les collègues. Par ailleurs, le partenaire patron a l'interdiction de mener une évaluation.

De plus, plus on monte dans la hiérarchie, plus les relations amoureuses sont considérées comme dangereuses par la direction, qui redoute alors les "confidences sur l'oreiller" sur des informations stratégiques qui mettent en péril la société.

Il est donc conseillé aux supérieurs et subordonnés de respecter ces règles déontologiques.

Quant à la fin de la relation amoureuse, il est important de savoir que des mails peuvent servir de preuves dans des affaires d'harcèlement sexuel, en effet, la jurisprudence a affirmé en outre que la formule "bien à toi" était une marque d'affection. De plus, le service d'une entreprise peut se retrouver désorganisé (trouble caractérisé au sein de l'entreprise).

⁶⁰⁴ cass soc 20 octobre 1976; n° 74-13139

Il faut savoir qu'il est possible de séparer deux ex conjoints qui travaillent dans le même département car leur rupture désorganise le service. Ce déplacement ne peut pas avoir comme conséquence de modifier leur salaire, leur fonction ou les horaires: car ce sont des éléments du contrat de travail qui nécessitent leur accord.

Une fois que les caractéristiques de la vie privée du salarié ont été données, il est important de remarquer que celle-ci risque d'être mise à mal par l'apparition et la montée des NTIC (Section 2).

Section 2 : L'adaptation de la gouvernance d'entreprise face à la montée des NTIC et leurs répercussions sur le salarié et sa vie privée

Les NTIC vont permettre à l'employeur de collecter plus facilement les données à caractère personnel des salariés (Sous-section 1). De ce fait, il est donc nécessaire d'encadrer ce système de collecte des données personnelles du salarié (Sous-section 2).

Sous-section 1 : La collecte des données à caractère personnel à l'aide des NTIC

568 L'avènement des NTIC fait place à un certain phénomène, celui de la **collecte des données à caractère personnel**.

A l'heure actuelle, nous ne parlons plus de données personnelles « *isolées* » mais d'un « *réseau de données* » qui double tous les 18 à 24 mois⁶⁰⁵.

Il faut savoir que les données personnelles représentent la personne même du salarié en ce qu'elles sont une « **extension** » de celle-ci, c'est « *soi hors de soi* »⁶⁰⁶.

Ce sont « *des informations qui renseignent, directement ou indirectement un individu identifié* »⁶⁰⁷. De ce fait, « *la souveraineté individuelle de chacun sur ses données personnelles est garantie* ». Est-elle vraiment garantie ?

569 Nous nous pencherons donc sur la collecte des données personnelles des salariés par les employeurs. C'est de ce point de vue que l'on remarque encore une fois le « *rapport inégalitaire entre le salarié et son employeur* » car l'évolution quotidienne de la technologie

⁶⁰⁵ Revues des Juristes de Sciences Po n° 10, Mars 2015, 110

⁶⁰⁶ Ibid

⁶⁰⁷ Ibid

permet à l'employeur « *d'enregistrer et de conserver un nombre impressionnant d'informations sur le salarié* ».

570 Notons que le texte primordial en matière d'informatique c'est la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite Informatique, Fichiers et Libertés, ayant pour finalité « *la conciliation de la protection individuelle avec la liberté de collecter des données* » visant les salariés.

Cette loi vise un large panel d'institutions à savoir les entreprises, l'Etat, les collectivités territoriales et les organismes publics.

Nous nous cantonnerons aux entreprises.

Cette collecte de données personnelles via l'outil informatique ne doit pas porter atteinte « *ni à l'identité humaine ni aux droits de l'Homme, ni à **la vie privée** ni aux libertés individuelles ou publiques* ».

Tout d'abord, le respect de la vie privée du salarié est assurée par certains principes mis en place dans la dite loi, comme les droits d'information (art 3 et 27), de contestation (art 3), d'opposition (art 26) et de rectification (art 36) dont dispose chaque personne.

Mais aussi par le fait que le responsable du traitement doivent collecter loyalement les données personnelles (art 25), le respect de la finalité de l'objet du traitement (art 19) et enfin de s'assurer de la confidentialité des données (art 29).

571 Il est légitime de nous demander si les normes actuellement en vigueur sont adaptées ou non à cette croissance continue des NTIC qui permettent une meilleure collecte de données à caractère personnel :

Lors du traitement des données à caractère personnel des salariés grâce aux NTIC (§1), le fameux principe de proportionnalité se doit d'être scrupuleusement respecté (§2).

§ 1 : Le traitement des données à caractère personnel

Il est nécessaire en premier lieu de définir cette notion de données à caractère personnel (A), afin d'approfondir le thème de la sélection génétique des salariés à travers la collecte des données via les NTIC (B).

A. La large notion de données à caractère personnel

1) La nature des données personnelles

572 Au préalable, il faut noter que la notion de données personnelles se dédouble :
Il y a d'une part les informations nominatives et d'autre part les traitements automatisés.

Les **informations nominatives** sont définies à l'article 2 de la loi de 1978, précisant qu'elles permettent « *l'identification des personnes physiques, directement ou non* ».

Les données directement nominatives sont celles qui visent « *l'état de santé, la situation des individus, ses opinions politiques ou syndicales* ».

Alors que les données indirectement nominatives sont celles qui sont collectées par des procédés permettant un traitement nominatif.

En effet, selon l'article 2 de la loi de 1978 :

« [...] »

Constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres. Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne.

Constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction.

Constitue un fichier de données à caractère personnel tout ensemble structuré et stable de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés.

La personne concernée par un traitement de données à caractère personnel est celle à laquelle se rapportent les données qui font l'objet du traitement. »

Il y a d'autre part, les **traitements automatisés** qui sont définis à l'article 5 de la loi de 1978.

« I. - Sont soumis à la présente loi les traitements de données à caractère personnel :

1° Dont le responsable est établi sur le territoire français. Le responsable d'un traitement qui exerce une activité sur le territoire français dans le cadre d'une installation, quelle que soit sa forme juridique, y est considéré comme établi ;

2° Dont le responsable, sans être établi sur le territoire français ou sur celui d'un autre État membre de la Communauté européenne, recourt à des moyens de traitement situés sur le territoire français, à l'exclusion des traitements qui ne sont utilisés qu'à des fins de transit sur ce territoire ou sur celui d'un autre État membre de la Communauté européenne.

II. - Pour les traitements mentionnés au 2° du I, le responsable désigne à la Commission nationale de l'informatique et des libertés un représentant établi sur le territoire français, qui se substitue à lui dans l'accomplissement des obligations prévues par la présente loi ; cette désignation ne fait pas obstacle aux actions qui pourraient être introduites contre lui. »

573 Quant à la nature des données traitées :

Certaines données sont considérées à juste titre comme sensibles. En effet, ces fichiers font apparaître directement ou indirectement les origines raciales, éthiques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses, les appartenances syndicales, ou encore des informations relatives à la santé ou à l'orientation sexuelle.

Se pose donc naturelle la question du traitement des fichiers relatant lesdites données à l'instar des autres données telles le nom, prénom, sexe, date et lieu de naissance, d'autres info telles que, le numéro de sécurité sociale, les numéros attribués par les organismes d'assurances sociales, de retraites et de prévoyance, le taux d'incapacité, la nationalité, la situation familiale, matrimoniale, les enfants à charge qui sont communiquées à l'employeur.

S'ajoutent des éléments liés à la vie professionnelle tels que le lieu de travail, la date d'entrée dans l'entreprise, l'ancienneté, l'emploi occupé, le coefficient hiérarchique ainsi que les éléments de rémunération. Notons que l'employeur a accès à de nombreuses infos sur le

salarié mais qu'il doit se garder de les détourner de la finalité visée par la délibération précitée.

2) Le cas particulier du dispositif biométrique

574 Soulignons en premier lieu que le dispositif biométrique permet de sélectionner des données concernant des personnes en reconnaissant l'empreinte digitale, le contour de la main ou le réseau veineux du doigt :

« *La biométrie est l'ensemble des techniques informatiques permettant de reconnaître automatiquement un individu à partir de ses caractéristiques physiques, biologiques voire comportementales* ». Elles sont considérées comme des données à caractère personnelles car elles permettent « **d'identifier une personne** ».

Selon la CNIL, il serait donc logique des les définir comme un « *identificateur unique universel permettant de fait le traçage des individus* »⁶⁰⁸ si l'on prend en compte leur caractère « *unique* » et « *permanent* » (ADN, empreintes digitales...).

575 En second lieu, relevons que la biométrie permet de faciliter les moyens de contrôle des salariés par les employeurs.

Il est nécessaire de préciser sur ce point que le juge considère que « *l'utilisation par l'entreprise d'un élément de biométrie met en cause le corps humain et porte ainsi atteinte aux libertés individuelles* »⁶⁰⁹.

Aussi, seules certaines données à caractère personnel peuvent être traitées, qu'il s'agisse du contour de la main, de l'empreinte digitale ou du réseau veineux.

Il s'agit de **l'identité du salarié** (nom, prénom, photographie, numéro d'authentification et gabarit du contour de la main, de l'empreinte digitale ou du réseau veineux), **sa vie professionnelle** (corps ou service d'appartenance, numéro de matricule interne, grade), ses **déplacements** (porte utilisée, date d'entrée et de sortie), **données si le salarié a accès à un parking** (numéro d'immatriculation du véhicule par ex), le **temps de présence**, les **données relatives à la gestion de la restauration**.

De plus, les destinataires de ces informations sont les personnes appartenant au service de gestion du personnel pour les trois dispositifs. Pour les destinataires du dispositif « *contour de la main* », ceux-ci sont plus étendus à savoir les personnes appartenant au service paye, les

⁶⁰⁸ CNIL, L'homo informaticus entre servitude et liberté ; 26^e rapport d'activité 2005, p. 49

⁶⁰⁹ TGI Paris, 1^{ère} ch., sect. Soc., 19 avril 2005, n° 05-00382, Semaine sociale Lamy, n° 1217, note J-L. Denier ; Dr. Ouvrier 2005, p. 192, note F. Saramito

personnes assurant la sécurité des locaux, enfin les personnes habilitées du service ou de l'organisme gérant le restaurant d'entreprise ou administratif.

576 Ce qui nous permet de nous demander si ce contrôle facilité est en accord avec le respect de la vie privée du salarié ?

Ces données éminemment sensibles sont donc soumises à « *autorisation unique* » de la CNIL qui « *insiste* » sur le respect des principes de finalité et de proportionnalité (sécurité ou ordre public) conformes à la réforme du 6 août 2004 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, informatique, fichiers et libertés que nous allons détailler dans le paragraphe suivant.

La CNIL autorise en 2007 les dispositifs biométriques reposant sur la reconnaissance du réseau veineux du doigt et de la voix⁶¹⁰.

Quant aux dispositifs reposant sur les empreintes digitales, ils doivent reposer sur un « *fort impératif de sécurité* ». Ce point sera développé ultérieurement.

Quant aux données relatives aux dispositifs biométriques, elles doivent être « *limitées au contrôle d'un nombre limité de personnes à une zone bien déterminé* », le dispositif doit respecter le principe de proportionnalité et être fiable et sécurisé⁶¹¹.

Ladite collecte de données permet de sélectionner génétiquement les salariés (B), mais qu'en est-il de ce procédé ? est-il légal ?

B. La sélection génétique des salariés à travers la collecte de données via les NTIC

577 La question se pose de recourir au procédé de la sélection génétique.

Autrement dit certains auteurs pensent que de connaître les données génétiques des salariés d'une entreprise « *tendrait à améliorer la gestion des ressources humaines et ferait diminuer le coût inhérent aux maladies qu'elles soient professionnelles ou non* ».

Ce procédé peut se révéler assez choquant, car il peut être considéré comme une ingérence totale dans la vie privée du salarié.

Il est légitime de nous demander « jusqu'où l'ingérence dans la vie privée peut-elle aller » et si l'intérêt économique d'une entreprise doit-il primer sur l'intérêt du salarié.

⁶¹⁰ Délib. Cnil n° 2007-248, 13 sept. 2007 et délib. CNIL n° 2007-335 à 2007-339, 8 nov. 2007

⁶¹¹ Communication CNIL, 28 déc. 2007

578 Afin d'y répondre nous remarquons tout d'abord une volonté du législateur d'interdire ce procédé de sélection génétique en entreprise, à travers plusieurs lois :

La loi du 29 juillet 1994, modifiée par loi n°2004-800 du 6 août 2004 - art. 4 JORF 7 août 2004, via l'article 16-10 du Code civil :

« L'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique.

Le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'examen. Il est révocable sans forme et à tout moment ».

De plus, la même loi modifiée aussi par la loi n°2011-267 du 14 mars 2011 - art. 6 via l'article 16-11 du Code civil :

« L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que :

1° Dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ;

2° A des fins médicales ou de recherche scientifique ;

3° Aux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identité de personnes décédées.

En matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli. Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort.

Lorsque l'identification est effectuée à des fins médicales ou de recherche scientifique, le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'identification, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'identification. Il est révocable sans forme et à tout moment.

Lorsque la recherche d'identité mentionnée au 3° concerne soit un militaire décédé à l'occasion d'une opération conduite par les forces armées ou les formations rattachées, soit

une victime de catastrophe naturelle, soit une personne faisant l'objet de recherches au titre de l'article 26 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité et dont la mort est supposée, des prélèvements destinés à recueillir les traces biologiques de cette personne peuvent être réalisés dans des lieux qu'elle est susceptible d'avoir habituellement fréquentés, avec l'accord du responsable des lieux ou, en cas de refus de celui-ci ou d'impossibilité de recueillir cet accord, avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance. Des prélèvements aux mêmes fins sur les ascendants, descendants ou collatéraux supposés de cette personne peuvent être également réalisés. Le consentement exprès de chaque personne concernée est alors recueilli par écrit préalablement à la réalisation du prélèvement, après que celle-ci a été dûment informée de la nature de ce prélèvement, de sa finalité ainsi que du caractère à tout moment révoquant de son consentement. Le consentement mentionne la finalité du prélèvement et de l'identification.

Les modalités de mise en œuvre des recherches d'identification mentionnées au 3° du présent article sont précisées par décret en Conseil d'Etat. »

Et la loi du 4 mai 2002-303 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé Article 4 :

Le chapitre III du titre Ier du livre Ier du code civil est complété par un article 16-13 ainsi rédigé:

« Art. 16-13. - Nul ne peut faire l'objet de discriminations en raison de ses caractéristiques génétiques».

La section 1 du chapitre V du titre II du livre II du code pénal est ainsi modifiée :
1° Dans le premier alinéa de l'article 225-1, après les mots : « de leur état de santé, de leur handicap », sont insérés les mots : « de leurs caractéristiques génétiques » et au deuxième alinéa du même article, après les mots : « de l'état de santé, du handicap », sont insérés les mots : « des caractéristiques génétiques ».

« Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs **caractéristiques génétiques**, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de

leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation ou identité sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales. »

2° Le 1° de l'article 225-3 est complété par une phrase ainsi rédigée : « toutefois, ces discriminations sont punies des peines prévues à l'article précédent lorsqu'elles se fondent sur la prise en compte de tests génétiques prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie ; ». Dans le premier alinéa de l'ancien article L. 122-45 du code du travail, après les mots : « de sa situation de famille », sont insérés les mots : « de ses caractéristiques génétiques ».

*« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, **de ses caractéristiques génétiques**, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou en raison de son état de santé ou de son handicap. Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire visée à l'alinéa précédent en raison de l'exercice normal du droit de grève.*

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux alinéas précédents ou pour les avoir relatés. En cas de litige relatif à l'application des alinéas précédents, le salarié concerné ou le candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au

vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit. »

La loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 affirme dans sa section 2 relative aux « *Dispositions propres à certaines catégories de données* » :

Article 8 :

« I. - Il est interdit de collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci.

II. - Dans la mesure où la finalité du traitement l'exige pour certaines catégories de données, ne sont pas soumis à l'interdiction prévue au I :

1° Les traitements pour lesquels la personne concernée a donné son *consentement* exprès, sauf dans le cas où la loi prévoit que l'interdiction visée au I ne peut être levée par le *consentement de la personne concernée* ;

2° Les traitements nécessaires à la *sauvegarde de la vie humaine*, mais auxquels la personne concernée ne peut donner son consentement par suite d'une incapacité juridique ou d'une impossibilité *matérielle* ;

3° Les *traitements mis en œuvre par une association* ou tout autre organisme à but non lucratif et à caractère religieux, philosophique, politique ou syndical :

- pour les seules données mentionnées au I correspondant à l'objet de ladite association ou dudit organisme ;

- sous réserve qu'ils ne concernent que les membres de cette association ou de cet organisme et, le cas échéant, les personnes qui entretiennent avec celui-ci des contacts réguliers dans le cadre de son activité ;

- et qu'ils ne portent que sur des données non communiquées à des tiers, à moins que les personnes concernées n'y consentent expressément ;

4° Les traitements portant sur des données à caractère personnel *rendues publiques par la personne concernée* ;

5° Les traitements nécessaires à la **constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice** ;

6° Les traitements nécessaires aux fins de la **médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements, ou de la gestion de services de santé** et mis en œuvre par un membre d'une profession de santé, ou par une autre personne à laquelle s'impose en raison de ses fonctions l'obligation de secret professionnel prévue par l'article 226-13 du code pénal ;

7° Les **traitements statistiques réalisés par l'Institut national de la statistique et des études économiques** ou l'un des services statistiques ministériels dans le respect de la loi n° 51-711 du 7 juin 1951 sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques, après avis du Conseil national de l'information statistique et dans les conditions prévues à l'article 25 de la présente loi ;

8° Les **traitements nécessaires à la recherche dans le domaine de la santé** selon les modalités prévues au chapitre IX.

III. - Si les données à caractère personnel visées au I sont appelées à faire l'objet à bref délai d'un procédé d'anonymisation préalablement reconnu conforme aux dispositions de la présente loi par la Commission nationale de l'informatique et des libertés, celle-ci peut autoriser, compte tenu de leur finalité, certaines catégories de traitements selon les modalités prévues à l'article 25. Les dispositions des chapitres IX et X ne sont pas applicables.

IV. - De même, ne sont pas soumis à l'interdiction prévue au I les traitements, automatisés ou non, justifiés par l'intérêt public et autorisés dans les conditions prévues au I de l'article 25 ou au II de l'article 26. »

579 Enfin, l'article 26 de la loi de 1978 précise que la CNIL doit rendre un avis afin d'autoriser ou non un traitement de données : « L'avis de la commission est publié avec l'arrêté autorisant le traitement ». En principe, il est donc interdit de transférer lesdites données à moins d'obtenir le consentement exprès de la personne intéressée.

Ce procédé permet de protéger ladite ingérence totale dans la vie privée du salarié par ce système de collecte.

Par conséquent, la collecte de données ne peut être réalisée qu'en vertu du principe de proportionnalité (§2).

§2 : Le respect du principe de proportionnalité

580 Ce principe de proportionnalité a été mis en place « *au plus haut niveau* » par le Conseil constitutionnel afin « *d'évaluer la validité des dispositions de la loi relative à la protection de l'identité* ».

Il rappelle que « *la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel devaient être justifiées par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif* »⁶¹².

De ce fait, le principe de proportionnalité en question se retrouve à travers le transfert de données qui peut s'avérer légitime ou non légitime (A), mais aussi via le transfert de données à l'étranger (B).

A. Transfert de données légitime et non légitime

1) Transfert de données légitime

581 Soulignons que le transfert de données peut avoir lieu **dans l'intérêt du salarié**. Sauf lorsqu'il est impératif de faire apparaître l'appartenance syndicale car des droits et obligations y sont attachés, à la charge de l'employeur.

De plus pour le bulletin de paie :

La CNIL a demandé « *d'en limiter le contenu par un décret n° 88-889 du 22 août 1988 par la suppression de la mention de l'exercice du droit de grève.*

⁶¹² Cons. cont., déc. N° 2012-652 DC, 22 mars 2012 sur la loi relative à la protection de l'identité, JO 28 mars ; voir Guerrier Cl. La CNI biométrique française : entre préservation de l'identité et protection des libertés individuelles, RLDI 2012/82, n° 2758

En revanche, elle a autorisé les employeurs à utiliser le répertoire national d'identification des personnes physiques dans les traitements automatisés des données visant la paie des salariés ».

Lorsque la CNIL y voit un intérêt pour le salarié, à savoir, **faciliter la paie du salarié**, le traitement des données personnelles est un peu moins protégé.

L'employeur a accès à deux types d'informations sur le salarié :

- tout d'abord, de nombreuses informations personnelles, le nom, le prénom, le sexe, la date et lieu de naissance, mais aussi d'autres informations telles que le numéro de sécurité sociale, les numéros attribués par les organismes d'assurances sociales, de retraites et de prévoyance, le taux d'incapacité, la nationalité, la situation familiale, matrimoniale, les enfants à charge,
- puis des informations professionnelles comme le lieu de travail, la date d'entrée dans l'entreprise, l'ancienneté, l'emploi occupé, le coefficient hiérarchique ainsi que les éléments de rémunérations.

582 Ensuite, au niveau des entreprises qui s'occupent d'imprimer les sujets d'examen, qui ont des salles fortes, des coffres, des salles d'archives, la CNIL autorise l'élaboration d'un système de contrôle biométrique pour sécuriser les accès aux dites salles afin de préserver la « *confidentialité des examens et concours* »⁶¹³.

Les salariés ne sont pas à l'abri d'un détournement de la part de l'employeur des données qu'il possède, dans un autre but que le versement du salaire.

De plus, il existe des données encore plus sensibles : santé, biométrie, données génétiques afin de savoir l'état de santé du salarié.

Nous pouvons nous demander à cet égard si le fait de posséder de telles données sur le salarié permettrait – il une meilleure gestion des ressources humaines, en évitant l'arrivée de certaines maladies professionnelles et donc une diminution des dépenses pour la direction liées à ces maladies ?

De nombreuses entreprises retiennent ces arguments pour justifier de la mise en place de leur dispositif biométriques.

⁶¹³ CNIL, 21^{ème} rapport, précité, p. 116

583 Afin de poursuivre, nous devons nous pencher sur le point épineux de l'informatique et par là de la montée des NTIC en entreprise face au respect de la vie privée du salarié.

C'est l'objectif sécuritaire qui est primordial dans ce sens :

En effet, dans un communiqué du 28 décembre 2007, la CNIL accepte de recourir aux dispositifs biométrique s'ils reposent sur un « *fort impératif de sécurité* » et qu'ils satisfont aux conditions suivantes à savoir le respect du principe de proportionnalité et de finalité :

- le contrôle des salariés doit être limité à certaines personnes et à une « *zone bien déterminée* » afin de protéger l'intégrité physique des personnes, des biens ou même de certaines informations sensibles ;
- le système de protection doit être défini au préalable ;
- le dispositif doit présenter « toutes garanties de sécurité pour éviter la divulgation des données » ;
- enfin, il est nécessaire de respecter la loi informatique et Libertés et le Code du travail lors du recueil desdites informations.

2) Transfert non légitime

584 Au sujet du dispositif biométrique, la CNIL a estimé que certains traitements de données personnelles n'étaient pas proportionnés et donc a interdit leur utilisation en entreprise.

Cela concerne tout d'abord le contrôle des accès, qui même s'il était légitime, il « n'était pas associé à des circonstances particulières justifiant la conservation des empreintes digitales des employés dans une base de données »⁶¹⁴.

De plus, il y a le contrôle des horaires ayant pour but « une meilleure gestion des temps de travail ». La CNIL considère qu'il s'agit d'un motif légitime mais qui « ne justifie pas, en lui-même, l'enregistrement dans un lecteur biométrique des empreintes digitales des salariés »⁶¹⁵. La thèse de la CNIL a été soutenue par la jurisprudence du Tribunal de Grande Instance de Paris. Il s'agissait d'une entreprise désirant instaurer un lecteur d'empreintes digitales afin de contrôler les entrées et sorties de ses salariés. Ledit Tribunal n'a pas autorisé la mise en place de ce système par l'entreprise⁶¹⁶.

⁶¹⁴ Guide pratique – Le Lamy droit du numérique - 2015

⁶¹⁵ CNIL, 12 janvier 2006

⁶¹⁶ TGI Paris, 1^{ère} ch. Soc., 19 avril 2005, CE EffaServices, Syndicats Sud Rail c/ Effia services

585 Quant à l'utilisation des badgeuses biométriques « *reposant sur la reconnaissance du contour de la main* », la CNIL a estimé que leur mise en place dans un objectif de contrôle des horaires des salariés était disproportionnée.

L'employeur doit demander l'autorisation de la CNIL pour mettre en place ledit dispositif.

La CNIL n'autorise l'élaboration de données associées à un dispositif d'identification biométrique laissant des traces telle une base d'ADN ou des empreintes digitales que « *lorsqu'un impératif particulier de sécurité le justifie* ».

Si la sécurité des personnes ou des biens n'est pas mise en jeu, la CNIL n'autorise pas l'utilisation desdites données biométriques. Les éléments ne « *laissant pas de traces* » peuvent être choisis tels : le contour de la main, la rétine ou la reconnaissance vocale.

En effet, un arrêt du 19 avril 2005, le Tribunal de Grande Instance de Paris a considéré qu'un traitement de données relatif aux empreintes digitales ayant pour but « *l'amélioration de l'établissement des bulletins de paye* » n'était ni justifié ni proportionné au but poursuivi.

Le traitement, en effet, n'apparaissait « *dans son ensemble (...) ni adapté ni proportionné au but recherché* »⁶¹⁷.

En outre, il se peut qu'une entreprise étrangère rachète l'une de nos entreprises françaises, avec l'ensemble des données des salariés (B).

B. Le cas du transfert de données à l'étranger

586 Au préalable, la communauté européenne a mis en place un objectif d'harmonisation de la législation au niveau européen :

Le Conseil de l'Europe préconise aux Gouvernements des Etats membres de diffuser largement les lignes directrices mentionnées dans le texte afin d'assurer le respect de la vie privée des salariés à travers la collecte de leurs données personnelles en entreprise.

L'assemblée générale de l'ONU, quant à elle, « *a fixé certains principes directeurs* » au sujet des fichiers informatisés.

De plus, la directive 97/66/CE visant à harmoniser les dispositions des Etats membres nécessaires pour assurer un niveau équivalent de protection de la vie privée dans le cadre de

⁶¹⁷ TGI Paris, 19 avr. 2005, Comm. Com. Electr. 2005, comm. 164, note Lepage A., RLDI 2005/6, n°173

traitement des données a été abrogée et remplacée par la directive du Parlement Européen et du Conseil du 12 juillet 2002 dite « *Directive vie privée et communications électroniques* ».

L'objectif reste le même, à savoir la coordination de la réglementation sur la protection de la vie privée des salariés face au traitement de données personnelles en entreprise.

La collecte et le traitement des données à caractère personnel se généralisent entraînant donc un risque pour la vie privée des salariés.

De ce fait, le Conseil de l'Europe préconise aux Gouvernements des Etats membres de diffuser largement les lignes directrices mentionnées dans le texte afin d'assurer le respect de la vie privée des salariés à travers la collecte de leurs données personnelles en entreprise.

L'assemblée générale de l'ONU, quant à elle, « a fixé certains principes directeurs » au sujet des fichiers informatisés.

Au sein de l'Union européenne, « ***le transfert de données personnelles s'effectue librement*** » car ces différents Etats présentent donc des garanties comparables grâce à cet objectif d'harmonisation.

Cette libre circulation peut être restreinte en cas d'atteinte à la protection de la vie privée du salarié.

587 Ensuite, il est nécessaire d'étudier la problématique du rachat d'une entreprise extra-européenne :

Lors d'un rachat d'entreprise (fusion - acquisition) extra européens, il est nécessaire d'assurer une « *protection suffisante de la vie privée et des libertés fondamentales des personnes visées par le traitement* » (article 25 de la Directive 95/46/CE) :

« CHAPITRE IV- Transferts de données à caractère personnel vers des pays tiers

Art.25 Principes

1. Les États membres prévoient que le transfert vers un pays tiers de données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement, ou destinées à faire l'objet d'un traitement après leur transfert, ne peut avoir lieu que si, sous réserve du respect des dispositions nationales prises en application des autres dispositions de la présente directive, le pays tiers en question assure un niveau de protection adéquat.

2. Le caractère adéquat du niveau de protection offert par un pays tiers s'apprécie au regard de toutes les circonstances relatives à un transfert ou à une catégorie de transferts de données; en particulier, sont prises en considération la nature des données, la finalité et la

durée du ou des traitements envisagés, les pays d'origine et de destination finale, les règles de droit, générales ou sectorielles, en vigueur dans le pays tiers en cause, ainsi que les règles professionnelles et les mesures de sécurité qui y sont respectées.

3. Les États membres et la Commission s'informent mutuellement des cas dans lesquels ils estiment qu'un pays tiers n'assure pas un niveau de protection adéquat au sens du paragraphe 2.

4. Lorsque la Commission constate, conformément à la procédure prévue à l'article 31 paragraphe 2, qu'un pays tiers n'assure pas un niveau de protection adéquat au sens du paragraphe 2 du présent article, les États membres prennent les mesures nécessaires en vue d'empêcher tout transfert de même nature vers le pays tiers en cause.

5. La Commission engage, au moment opportun, des négociations en vue de remédier à la situation résultant de la constatation faite en application du paragraphe 4.

6. La Commission peut constater, conformément à la procédure prévue à l'article 31 paragraphe 2, qu'un pays tiers assure un niveau de protection adéquat au sens du paragraphe 2 du présent article, en raison de sa législation interne ou de ses engagements internationaux, souscrits notamment à l'issue des négociations visées au paragraphe 5, en vue de la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour se conformer à la décision de la Commission ».

588 Il est en effet très important pour assurer le respect de la vie privée du salarié pour ces entreprises européennes qui rachètent des entreprises extra européennes de respecter les dispositions de ladite directive concernant le transfert des données personnelles.

D'un point de vue pratique, le nouvel acquéreur souhaite généralement « *regrouper ses activités informatiques dans le pays tiers en question en procédant au transfert de données personnelles* ».

Dans ce sens, la Commission européenne en collaboration avec les autorités nationales des pays membre a décidé « *d'encadrer* » les transferts de données personnelles hors de l'Union Européenne.

La problématique des transferts de données personnelles à l'étranger à travers les fusions, acquisitions, rachats d'entreprise ne surgit réellement que pour les pays non membres de l'Union européenne qui ont la fâcheuse réputation « *de ne pas offrir un niveau de protection adéquat de ces données* ».

Nonobstant, la directive n° 95/46 et la loi Informatique et Libertés de 1978 ne précise pas cette notion de transfert de données à l'étranger⁶¹⁸. C'est la jurisprudence qui en fait une application au cas par cas.

Il est alors nécessaire de se référer à un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes rendu le 6 novembre 2003 pour savoir si « *l'enregistrement de données nominatives sur un site Internet, accessible de n'importe quel pays tiers constituait un transfert de données nominatives ou non* ».

En l'espèce, il s'agissait d'une formatrice suédoise ayant « *publié sur son site internet des données à caractère personnel concernant certains de ses collègues* ».

La *Datainspektion* (organisme public pour la protection des données nominatives au rôle équivalent à celui de la Commission Nationale Informatique et Libertés) a poursuivi ladite formatrice pour avoir « *transféré vers des pays tiers des données à caractère personnel traitées sans autorisation* ».

La juridiction suédoise demande à la CJCE sous forme de question préjudicielle : « *si une personne insère en Suède, à l'aide d'un ordinateur des données à caractère personnel sur une page d'accueil qui est stockée sur un serveur en Suède – de sorte que les données à caractère personnel deviennent accessibles à des ressortissants de pays tiers – cela constitue-t-il un transfert de données vers des pays tiers au sens de la directive ?* ».

Question à laquelle la CJCE répond par la négative en précisant que « *les opérations réalisées par la formatrice suédoise ne constituent pas, en elles-mêmes, un transfert vers un pays tiers, de données* »⁶¹⁹.

De nombreux systèmes ont été mis en place afin de protéger et de limiter la collecte de données personnelles du salarié (Sous-section 2).

⁶¹⁸ Naftalski F. et Desgens-Pasanau G., À l'aune du nouveau règlement européen en matière de protection des données à caractère personnel, les BCRs se profilent comme le meilleur moyen pour un groupe international d'assurer sa conformité Informatique et Libertés, Comm. com. électr. 2012, Focus 20

⁶¹⁹ [CJCE, 6 nov. 2003, aff. C-101/01](#), Bodil Lindqvist c/ Suède, Rev. Lamy dr. aff. 2004, no 67, no 4163

Sous-section 2 : Un encadrement nécessaire des limites à la collecte des données personnelles du salarié

Les données personnelles des salariés ne peuvent faire l'objet d'une totale collecte, celles-ci se doivent d'être protégées, d'un point de vue interne (§1), mais aussi externe (§2).

§ 1 : Protection interne des données personnelles du salarié à travers la conservation des données

La protection interne des données personnelles du salarié passe tout d'abord par la mise en place d'un traitement sécurisé en entreprise (A), mais aussi par la nomination d'un correspondant informatique et liberté (B).

A. Un traitement sécurisé en entreprise

589 Il pèse sur le responsable informatique et libertés ou sur le fournisseur du service de communication électronique une obligation de sécurité relative au caractère confidentiel des données personnelles⁶²⁰.

Ces acteurs de la protection des données personnelles doivent élaborer des « *mesures techniques et d'organisation pour protéger les données à caractère personnels contre les destructions à caractère accidentelles ou illicites* »⁶²¹.

590 Nous retrouvons l'indispensable principe de finalité qui doit s'appliquer au traitement des données personnelles des salariés, mis en place par la loi de 1978 mais aussi la convention du Conseil de l'Europe afin d'empêcher que les informations soient « *déformées, endommagées ou communiquées à un ou des tiers non autorisés* ».

La personne qui contreviendrait à cette disposition est susceptible d'être sanctionnée par le Code pénal, la CNIL et les juges du fond.

Prenons l'exemple de l'entreprise RENAULT, ayant réalisé à l'aide du logiciel de paie un schéma indiquant le nombre et les motifs d'absence de chaque salarié. Ledit graphique ayant été affiché dans les locaux de l'entreprise prenait en compte les données à caractère médical des salariés.

⁶²⁰ Direc 1995, art 17 et L 1978 art 29

⁶²¹ Droit du travail et nouvelles technologies Isabelle de Benalcazar

La CNIL a considéré que cette gestion du personnel était particulièrement contestable et a fermement rappelé à l'ordre le directeur de la filiale en question⁶²².

591 Afin de poursuivre, il est nécessaire de détailler le point relatif à l'indispensable droit à l'oubli :

En effet, la CNIL va publier un arrêté autorisant ce traitement, précisant la durée prévue pour ce traitement de données.

« Les informations ainsi recueillis ne doivent pas être conservées sous la forme nominative au-delà de la durée prévue à la déclaration sauf autorisation de la Commission » :

L'article 28 de la loi 78-17 du 6 janvier 1978 affirme que :

*« I. - La Commission nationale de l'informatique et des libertés, saisie dans le cadre des articles 26 ou 27, se prononce dans un délai de deux mois à compter de la réception de la demande. Toutefois, ce délai peut être renouvelé une fois sur décision motivée du président.
II. - L'avis demandé à la commission sur un traitement, qui n'est pas rendu à l'expiration du délai prévu au I, est réputé favorable. »*

En outre, Isabelle DE BENALCAZAR se demande à juste raison *« s'il ne serait pas souhaitable de faire coïncider la durée de conservation dont fait état la déclaration de la CNIL avec le délai de deux mois prévu à l'article L 1332-4 du Code du travail »*.

Ladite proposition n'est pas négligeable en ce qu'elle permettrait une uniformisation de la durée de conservation des données personnelles avec celle précisée dans le Code du travail.

592 Ensuite, la direction de l'entreprise nomme un **responsable du traitement**, (directive 95/46/CE, art 16) sur lequel pèsera une obligation de sécurité relative à la conservation de ces données personnelles.

La CNIL suggère « la désignation d'un **délégué à la protection des données personnelles et à l'usage des nouvelles technologies** ».

« Cette instance deviendrait un correspondant informatique et libertés dans l'entreprise : il pourrait intervenir sur les questions relevant de la sécurité, du droit d'accès et de la protection des données personnelles ».

⁶²² Ibid

Cependant, la CNIL ne dit rien sur les éventuelles attributions et prérogatives qu'il conviendrait de donner à ce délégué.

Cette autorité ne précise pas non plus le mode de désignation de ce délégué.

Nous pouvons nous demander s'il ne serait pas plus logique de réaliser un parallélisme avec le délégué du personnel, du moins pour son mode de désignation.

Nous savons que selon l'article L 2312-1 du Code du travail « *Le personnel élu des délégués dans tous les établissements de onze salariés et plus* ». Il conviendrait dans ce sens d'élaborer les attributions et prérogatives de ce délégué.

Le terme « délégué » peut nous faire penser qu'il serait désigné de la même manière que le délégué du personnel d'une entreprise.

593 D'ailleurs les prérogatives de ce responsable de traitement sont nombreuses, à savoir :

- Garantir le bon usage de ces données personnelles, à savoir la paie du salarié,
- vérifier que tous les droits du salarié relatif à ses données personnelles soient respectés
- rédiger des rapports,
- convoquer la direction de l'entreprise, réaliser une assemblée générale extraordinaire en cas de violation de la vie privée d'un salarié,
- en tant que garant du respect de la vie privée du salarié, lui accorder le même statut et la même protection qu'un délégué du personnel.

Le responsable de traitement est garant du respect de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 :

« *Section 2 : Dispositions propres à certaines catégories de données*

Article 8

I. - Il est interdit de collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci.

II. - Dans la mesure où la finalité du traitement l'exige pour certaines catégories de données, ne sont pas soumis à l'interdiction prévue au I :

1° Les traitements pour lesquels la personne concernée a donné son **consentement** exprès, sauf dans le cas où la loi prévoit que l'interdiction visée au I ne peut être levée par le consentement de la personne concernée ;

2° Les traitements nécessaires à la **sauvegarde de la vie humaine**, mais auxquels la personne concernée ne peut donner son consentement par suite d'une incapacité juridique ou d'une impossibilité matérielle ;

3° Les **traitements mis en œuvre par une association** ou tout autre organisme à but non lucratif et à caractère religieux, philosophique, politique ou syndical :

- pour les seules données mentionnées au I correspondant à l'objet de ladite association ou dudit organisme ;

- sous réserve qu'ils ne concernent que les membres de cette association ou de cet organisme et, le cas échéant, les personnes qui entretiennent avec celui-ci des contacts réguliers dans le cadre de son activité ;

- et qu'ils ne portent que sur des données non communiquées à des tiers, à moins que les personnes concernées n'y consentent expressément ;

4° Les traitements portant sur des données à caractère personnel **rendues publiques par la personne concernée** ;

5° Les traitements nécessaires à la **constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice** ;

6° Les traitements nécessaires aux fins de la **médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements, ou de la gestion de services de santé** et mis en œuvre par un membre d'une profession de santé, ou par une autre personne à laquelle s'impose en raison de ses fonctions l'obligation de secret professionnel prévue par l'article 226-13 du code pénal ;

7° Les **traitements statistiques réalisés par l'Institut national de la statistique et des études économiques** ou l'un des services statistiques ministériels dans le respect de la loi n° 51-711 du 7 juin 1951 sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques, après avis du Conseil national de l'information statistique et dans les conditions prévues à l'article 25 de la présente loi ;

8° Les **traitements nécessaires à la recherche dans le domaine de la santé** selon les modalités prévues au chapitre IX.

III. - Si les données à caractère personnel visées au I sont appelées à faire l'objet à bref délai d'un procédé d'anonymisation préalablement reconnu conforme aux dispositions de la présente loi par la Commission nationale de l'informatique et des libertés, celle-ci peut autoriser, compte tenu de leur finalité, certaines catégories de traitements selon les modalités prévues à l'article 25. Les dispositions des chapitres IX et X ne sont pas applicables.

IV. - De même, ne sont pas soumis à l'interdiction prévue au I les traitements, automatisés ou non, justifiés par l'intérêt public et autorisés dans les conditions prévues au I de l'article 25 ou au II de l'article 26. »

De plus, selon l'article 26 de la loi de 1978, la CNIL doit rendre un avis afin d'autoriser ou non un traitement de données : « *L'avis de la commission est publié avec l'arrêté autorisant le traitement* ».

594 Enfin, nous pouvons nous demander combien de temps les données biométriques peuvent – elles être conservées ?

A ce sujet, la durée de conservation est fixée par rapport aux données recueillies :

Lorsque le dispositif biométrique a été élaboré pour contrôler l'accès à certains endroits de l'entreprise, le gabarit contour de la main, de l'empreinte digitale ou du réseau veineux peuvent être conservés « pendant la période où le salarié concerné est habilité à pénétrer dans lesdites zones ». Dans un autre objectif, le dispositif peut être conservé « *jusqu'au départ du salarié* ».

Pour les données correspondant à l'identité et à la vie professionnelle du salarié, elles peuvent être conservées cinq ans maximum après le départ du salarié.

Au niveau des visiteurs, lesdites données peuvent être conservées jusqu'à 3 mois après son dernier passage.

Pour les données concernant les déplacements des personnes elles peuvent être conservées pendant une durée maximum de trois mois.

Certaines durées sont spécifiques au dispositif « *contour de la main* », à savoir les données monétaires (s'agissant du paiement des repas) : 3 mois de conservation et les données concernant les déplacements des personnes et les motifs d'absence : 5 ans.

Soulignons en dernier lieu, que l'employeur a des obligations en matière d'information, en faveur du respect de la protection des données personnelles des salariés :

Mais afin de protéger correctement les données personnelles des salariés, l'employeur doit aussi nommer un correspondant informatique et liberté (B).

La nomination de ce correspondant informatique et liberté reste à ce jour facultative, mais c'est sans compter sur les sénateurs Escoffier et Detraigne qui proposent de la rendre obligatoire⁶²⁷.

De même pour la nouvelle proposition de règlement européen pour les organismes publics et privés employant 250 personnes ou plus.

« Cette instance deviendrait un correspondant informatique et libertés dans l'entreprise : il pourrait intervenir sur les questions relevant de la sécurité, du droit d'accès et de la protection des données personnelles »⁶²⁸.

La direction de l'entreprise nomme un **responsable du traitement**, (directive 95/46/CE, art 16) sur lequel pèsera une obligation de sécurité relative à la conservation de ces données personnelles.

Selon la CNIL, le correspondant informatique et libertés est un « **acteur incontournable dans le paysage français de la protection des données** »⁶²⁹, d'autant plus qu'il peut être considéré comme un « interlocuteur des responsables de l'entreprise, ainsi que des instances représentatives du personnel et des salariés »⁶³⁰.

597 Il faut savoir que la présence d'interlocuteurs tel que celui-ci est essentielle en entreprise afin d'assurer le dialogue entre salariés et direction qui parfois peut s'avérer rompu. La CNIL précise les attributions et prérogatives de ce correspondant, ainsi que son mode de désignation.

Les modalités relatives à la désignation dudit correspondant figurent à l'article 22, III de la loi modifiée du 6 janvier 1978 (modifiée par celle du 6 août 2004).

C'est le responsable des traitements qui prend la décision de nommer un correspondant informatique et liberté.

Il doit en informer les instances représentatives du personnel.

Ladite désignation doit ensuite être notifiée à la CNIL par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou par remise au secrétariat de la CNIL contre reçu ou par voie électronique avec accusé de réception⁶³¹.

⁶²⁶ Informatique. Données à caractère personnel – Formalités préalables à la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel, mis à jour au 31/05/2015

⁶²⁷ Sénat, n° 93, 6 nov. 2009. – O. Proust, État des lieux sur la proposition de loi du Sénat visant à modifier la loi « Informatique et libertés » : Rev. Lamy dr. immat., n° 55, 2009, n° 1823

⁶²⁸ Droit du travail et nouvelles technologies, Isabelle de Benalcazar

⁶²⁹ <http://www.cnil.fr>

⁶³⁰ Rapp. CNIL, 5 février 2002, sur la cybersurveillance des salariés sur les lieux de travail

⁶³¹ Désignation d'un « correspondant informatique et libertés » Guide pratique – Le Lamy social 2015

En grande majorité, il peut s'agir d'une personne interne à l'entreprise, avec une préférence pour un employé du responsable du traitement.

598 Nous pouvons nous demander encore une fois s'il ne serait pas judicieux de réaliser un parallélisme avec le délégué du personnel, du moins pour son mode de désignation.

Nous savons que selon l'article L 2312-1 du Code du travail « Le personnel élit des délégués dans tous les établissements de onze salariés et plus ».

Il conviendrait d'élaborer les attributions et prérogatives de ce délégué.

Le terme « délégué » peut nous faire penser qu'il serait désigné de la même manière que le délégué du personnel d'une entreprise.

Pour les entreprises n'ayant pas plus de 50 salariés, un correspondant externe peut être choisi (avocat, expert comptable, consultant... etc)

La personne doit posséder certaines qualifications en droit, en information, conseil, management, médiation, pédagogie. Mais surtout, elle doit être indépendante : et ne doit pas faire l'objet d'un conflit d'intérêt. C'est pour cela que le responsable des traitements ne peut pas être désigné comme correspondant informatique et libertés⁶³².

Selon la CNIL, il a une mission d'expert, à savoir un rôle de « vecteur de diffusion de la culture informatique et libertés ».

Les missions du correspondant informatique et libertés sont vastes :

- 3 mois après sa désignation, il doit établir la liste des traitements,
- il doit veiller à l'application de la loi Informatique et Libertés,
- droit d'alerte : informer le responsable des traitements des manquements qui peut saisir la CNIL,
- Garantir le bon usage de ces données personnelles, à savoir la paie du salarié,
- vérifier que tous les droits du salarié relatif à ses données personnelles soient respectés
- rédiger des rapports, un bilan annuel
- convoquer la direction de l'entreprise, réaliser une assemblée générale extraordinaire en cas de violation de la vie privée d'un salarié,
- en tant que garant du respect de la vie privée du salarié, lui accorder le même statut et la même protection qu'un délégué du personnel.

⁶³² Guide pratique – Le Lamy social - 2015

599 Dans ce sens, la Commission européenne le 24 janvier 2012 a publié un projet de règlement européen visant à remplacer la Directive 95/46/CE, ce qui entraînerait la modification de la loi Informatique, Fichiers et Libertés. Ce projet prévoit entre autre, la **désignation d'un Délégué à la protection des données**, obligatoire pour les entreprises employant 250 personnes ou plus, et obligatoire au sein des entreprises employant moins de 250 personnes mais dont « *les activités de base du responsable du traitement ou du sous-traitant consistent en des traitements qui, du fait de leur nature, de leur portée et/ou de leurs finalités, exigent un suivi régulier et systématique des personnes concernées* ».

Outre l'établissement d'une procédure de protection interne des données personnelles, ces dernières font aussi l'objet d'une procédure de protection externe (§2).

§ 2 : La protection externe des données personnelles

La CNIL (correspondant national de l'informatique et des libertés) est considéré comme le garant du respect de la vie privée du salarié à travers la collecte de données personnelles, à travers son rôle préventif (A), mais aussi son pouvoir répressif (B).

A. Le rôle préventif de la CNIL

600 Notons en premier lieu que l'autorisation de la CNIL est obligatoire pour les traitements utilisant des données biométriques.

La CNIL a le pouvoir de mettre en place une procédure de labellisation « *des produits ou des procédures tendant à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel* ». Elle ne l'a toujours pas utilisé⁶³³.

Tout d'abord, il est important de préciser que pour les traitements de données n'entravant pas les libertés individuelles des salariés, la CNIL a mis en place un régime de déclaration simplifié.

Le respect des dispositions de cette loi est assuré par une autorité administrative indépendante : la CNIL (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés)

⁶³³ L. n°78-17, 6 janv. 1978, dite Foyer relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art 11, 3° : Journal Officiel 7 janvier 1978 mod. Par L. n° 2004-801, 6 août 2004 : Journal Officiel 7 août 2004

Le respect de la vie privée du salarié est donc renforcé par le contrôle assuré par ladite autorité.

Pour cela, elle dispose de larges prérogatives : pouvoir réglementaire (rédige des normes et règlements), « elle rend des avis, formule des recommandations et propose au Gouvernement des mesures de nature réglementaire ou législative tendant à adapter la législation aux avancées technologiques ».

Lesdits pouvoirs de la CNIL ont été renforcés par la loi n°2004-801 du 6 août 2004⁶³⁴, en particulier ses pouvoirs d'investigation.

601 En second lieu, soulignons que les membres et agents de la CNIL « *peuvent demander communication de tous documents nécessaires à l'accomplissement de leur mission, quel qu'en soit le support, et en prendre copie ; ils peuvent recueillir, sur place ou sur convocation, tout renseignement et toute justification utiles ; ils peuvent accéder aux programmes informatiques et aux données, ainsi qu'en demander la transcription par tout traitement approprié dans des documents directement utilisables pour les besoins du contrôle* »⁶³⁵.

Le procédé de collecte de données doit suivre le principe de finalité, instaurée par la loi de 1978 et la convention du Conseil de l'Europe.

Les informations ne doivent pas être déformées, endommagées ou communiquées à un tiers non autorisé sous peine de recevoir une sanction : prévues dans le code pénal, la CNIL et les juges du fond.

602 De plus, comme il a été précisé précédemment, la CNIL doit donner une autorisation afin de permettre la mise en place des dispositifs de contrôle biométriques en entreprise.

Cette autorisation est délivrée au cas par cas.

Afin d'obtenir cette autorisation, l'employeur peut faire une déclaration simplifiée via le site de la CNIL ou en utilisant un formulaire papier.

Différentes conditions doivent être réunies afin d'obtenir l'autorisation de la CNIL pour mettre en place des dispositifs biométriques :

⁶³⁴ JO 7 août 2004

⁶³⁵ [L. no 2004-801, 6 août 2004](#), précitée, art. 44

- pour le dispositif « contour de la main » : aucune photographie de la main des salariés concernés ne doit être conservée, seule la « géométrie » de la main ainsi que le gabarit du contour de la main ne doivent être pris en considération.
- pour le dispositif « empreintes digitales » : il faut seulement prendre en considération le gabarit de l'empreinte digitale, le support individuel ne doit être détenu exclusivement que par le salarié ;
- pour le dispositif « réseau veineux » : comme précédemment, seul le gabarit du réseau veineux ne peut être enregistré (uniquement sous forme chiffré).

Si certaines dispositions n'ont pas été respectées en faveur du respect de la vie privée du salarié, la CNIL possède dans ce sens un pouvoir répressif (B).

B. Le pouvoir répressif de la CNIL

603 La CNIL se permet de rappeler publiquement les entreprises qui dérivent à l'ordre.

En effet, *« dans un avertissement public, elle a rappelé à EDF et à la caisse centrale des activités sociales de cette entreprise, qu'ils devaient adopter des mesures de sécurité et des précautions afin de préserver les informations nominatives en leur possession »*.

En l'espèce, n'ayant pas mis en place les mesures de sécurité nécessaires concernant les informations nominatives, EDF faisait courir une possible atteinte à la vie privée de ses salariés.

Le directeur de l'entreprise Renault a aussi été rappelé à l'ordre par la CNIL.

Le directeur de cette entreprise avait décidé d'établir un graphique, grâce au logiciel de paie, indiquant les motifs et le nombre d'absence de chaque salarié. Ce graphique avait été affiché dans les locaux de l'entreprise.

604 En effet, la première étape de la sanction constitue en un avertissement public puis un rappel à l'ordre.

La CNIL a la possibilité d'adresser des avertissements mais a surtout le devoir de dénoncer au parquet les infractions dont elle a connaissance.

Notifier à la CNIL les nouvelles modalités de gestion du personnel en ce qui concerne la collecte de données.

En effet, l'article 44 de la loi du 6 janvier 1978 affirme :

« 1) Les membres de la CNIL ainsi que les agents de ses services habilités ont accès de 6h à 21h, pour l'exercice de leurs missions, aux lieux, locaux, enceintes, installations ou établissements servant à la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel et qui sont à usage professionnel, à l'exclusion des parties de ceux-ci affectées au domicile privé.

Informé préalablement le procureur de la République territorialement compétent.

2) En cas d'opposition du responsable des lieux, la visite ne peut se dérouler qu'avec l'autorisation du président du TGI dans le ressort duquel sont situés les locaux à visiter ou du juge délégué par lui. La visite s'effectue sous l'autorité et le contrôle du juge qui l'a autorisée. Il peut se rendre dans les locaux durant l'intervention. A tout moment, il peut décider de l'arrêt ou de la suspension de la visite.

3) Les membres de la commission et les agents mentionnés au premier alinéa du 1) peuvent demander communication de tous documents nécessaires à l'accomplissement de leur mission, [...] ils peuvent recueillir, sur place ou sur convocation, tout renseignement et toute justification utiles, ils peuvent accéder aux programmes informatiques et aux données, ainsi qu'en demander la transcription par tout traitement approprié dans des documents directement utilisables pour les besoins du contrôle.

Il est dressé contradictoirement procès-verbal des vérifications et visites menées en application du présent article. »

605 Ensuite, après information du procureur de la République, la CNIL et ses agents sont dotés du pouvoir de contrôle du traitement des données à caractère personnel qui sont à usage professionnel en intervenant directement au sein des locaux de l'entreprise.

Si le responsable des lieux s'y oppose, la dite visite ne pourra intervenir qu'avec l'autorisation du président du TGI dans le ressort duquel sont situés les locaux litigieux.

Les agents de la CNIL peuvent obtenir tous les documents dont ils ont besoin pour mener à bien leur mission.

Le responsable des lieux est informé au plus tard au début du contrôle de la visite effectuée par la CNIL.

La CNIL est dotée d'un pouvoir de sanction, en vertu de l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978. Elle peut sanctionner le ou les responsable(s) de traitement qui ne respectent pas les obligations découlant de cette loi⁶³⁶.

En l'espèce, les responsables des locaux n'ont pas été informés de leur droit de s'opposer à la visite de la CNIL. De ce fait, la sanction de la Société Inter Confort infligée par la CNIL n'est pas valable car résulte d'une procédure irrégulière.

606 De plus, en vertu de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014⁶³⁷, qui modifie la loi informatique et libertés, le contrôle du traitement des données personnelles effectué par la CNIL peut se faire à distance sur un ordinateur connecté à internet. Cette autorité peut effectuer des contrôles « *sur place, sur pièces et sur auditions* ».

La CNIL possède un large panel de sanctions, en plus des avertissements, elle peut adresser des mises en demeure au responsable de traitements afin qu'il cesse ses activités illicites⁶³⁸.

Elle a le pouvoir de prononcer des sanctions pécuniaires d'un montant maximum de 150 000 euros, mais aussi une « *injonction de cesser le traitement* » ou une « *décision de retrait de l'autorisation de traitement* ».

La CNIL a même été désignée « *groupe des régulateurs européens de protection des données personnels pour mener l'analyse des nouvelles règles de confidentialité de Google* ».

La CNIL n'a toujours pas délivré à l'heure actuelle d'agrégation ou de label concernant les dispositifs biométriques des entreprises commerciales.

Au sujet du correspondant informatique et libertés, il est du rôle de la CNIL de le décharger de ses missions lorsque celui-ci a réalisé un « *manquement grave aux devoirs découlant de sa mission* ». Le responsable des traitements peut se charger de cette mission mais la CNIL doit en avoir été informée au préalable.

607 Il est légitime de nous demander si les attributions accordées à la CNIL ne sont pas exorbitantes.

En effet, le Conseil d'Etat s'est demandé s'il le fonctionnement de la CNIL ne pouvait pas être assimilé à celui d'un « *tribunal eu égard à sa nature, à sa composition et à ses attributions* »⁶³⁹.

⁶³⁶ Conseil D'Etat – 6 novembre 2009 – « Société Inter Confort »

⁶³⁷ JO, 18 mars 2014

⁶³⁸ art. 45, loi n° 2004-801, 6 août 2004

⁶³⁹ Ord. N° 311974, 19 février 2008

Les NTIC ont permis donc de faciliter la collecte des données personnelles, mais elles vont avoir d'autres impacts sur la vie personnelle du salarié (Chapitre 2).

Chapitre 2 : L'impact du développement des NTIC sur la vie personnelle du salarié

Les informations personnelles des salariés doivent être gérées au sein de l'entreprise (Section 1), afin de protéger d'autant plus la vie privée du salarié.

Cette dernière se trouve mise à mal par cet avènement des NTIC, qui crée de plus en plus, une disparition de la frontière entre la vie personnelle et la vie professionnelle du salarié (Section 2).

Section 1 : La gestion de ces informations au sein de l'entreprise

Afin de gérer au mieux les informations personnelles des salariés au sein de l'entreprise, l'employeur est soumis à certaines obligations nécessaires (Sous-section 1). Quant aux salariés, ils disposent d'un certain droit de regard sur lesdites données collectées (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Les obligations nécessaires de l'employeur aux fins de respect de la vie privée des salariés

608 L'avènement des NTIC a permis la mise en place du système de traitement des données à caractère personnel en entreprise. Afin de respecter la vie privée du salarié face à une facilité d'accès à ces données par l'employeur, ce dernier se doit de respecter les obligations et procédures relatives à la loi informatique et libertés.

Il est indispensable de respecter les formalités figurant dans la loi informatique et libertés de 1978 pour pouvoir élaborer un système de traitement des données licite⁶⁴⁰.

En vertu de l'article 14 de la loi du 6 janvier 1978, la CNIL a pour mission de veiller « à ce que les traitements automatisés, publics ou privés, d'informations nominatives, soient effectués conformément aux dispositions de la présente loi ».

Toujours selon cet article, « sont réputées nominatives au sens de la présente loi les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non,

⁶⁴⁰ [JCl. Administratif, Fasc. 274-10](#) et [JCl. Communication, Fasc. 4710](#)

l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent, que le traitement soit effectué par une personne physique ou par une personne morale ».

Le traitement automatisé des données personnelles est quant à lui défini à l'article 5 de ladite loi : *« tout ensemble d'opérations réalisées par des moyens automatiques, relatif à la collecte, l'enregistrement, l'élaboration, la modification, la conservation et la destruction d'informations nominatives ainsi que tout ensemble d'opérations de même nature se rapportant à l'exploitation de fichiers ou bases de données et notamment les interconnexions ou rapprochements, consultations ou communications d'informations nominatives ».*

L'obligation possède donc certaines obligations relatives à la collecte des informations (§2), dont l'obligation de déclaration à la CNIL (§2).

§1 : L'obligation de déclaration

Il est nécessaire d'établir en premier lieu le contenu et le champ d'application de l'obligation de déclaration (A), puis d'établir les conséquences du défaut de déclaration (B).

A. Le contenu et le champ d'application de l'obligation de déclaration

609 A l'origine, les formalités à effectuer concernant les traitements de données personnelles divergeaient en fonction de la nature publique ou privé de l'organisme en question.

La nouvelle rédaction de la loi de 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés le régime a été unifié et se fonde sur la nature « *sensible* » ou non des données en question (critère matériel).

Les données considérées comme « *sensibles* » sont celles qui font « *apparaître directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé, ou à la vie sexuelle de celles-ci* »⁶⁴¹.

Le principe est que leur traitement est interdit sauf « *dans la mesure où la finalité du traitement l'exige* »⁶⁴².

Il faut savoir qu'il existe des exceptions à ce principe au sujet :

⁶⁴¹ [JCl. Administratif, Fasc. 274-20](#) et [JCl. Communication, Fasc. 4715](#)

⁶⁴² Loi n° 78-17, modifiée, art. 8, I

- des traitements pour lesquels la personne concernée a donné son consentement⁶⁴³ ou portant sur des données rendues publiques par l'intéressé⁶⁴⁴,
- les traitements mis en œuvre par les organisations politiques, religieuses ou syndicales⁶⁴⁵.
- les traitements mis en œuvre par des personnes ou services publics à des fins de statistiques ou de sécurité publique⁶⁴⁶,
- les traitements nécessaires à la sauvegarde de la vie humaine⁶⁴⁷, ceux permettant l'exercice d'un droit en justice⁶⁴⁸, ceux relatifs à la santé lorsqu'ils sont nécessaires aux fins de médecine préventive ou diagnostics médicaux⁶⁴⁹
- enfin, la CNIL a le pouvoir d'autoriser la dérogation au principe d'interdiction⁶⁵⁰.

610 De plus, il faut retenir que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2004, le « régime de formalités préalables auprès de la CNIL » s'effectue en fonction :

- de la nature « sensible » ou non des données traitées et
- du risque que leur traitement peut représenter pour les droits fondamentaux et les libertés individuelles des salariés (vie privée).

Ladite loi impose à son article 16 deux sortes de déclarations pour les employeurs à réaliser en cas de traitement des données personnelles des salariés :

Avant toute mise en œuvre d'un système de traitement de données personnelles, il est nécessaire pour l'employeur de réaliser une déclaration simplifiée (ou déclaration de conformité à une norme simplifiée), pour les traitements (public ou privé) ne comportant pas d'atteinte à la vie privée du salarié. C'est le cas par exemple des traitements automatisés de gestion des contrôles d'accès à l'entreprise, des horaires et de la restauration⁶⁵¹ sauf en cas d'identification biométrique.

Et, pour tous les autres cas, l'employeur se doit de réaliser une déclaration ordinaire.

Dans sa déclaration l'employeur doit expliquer pourquoi il a décidé de mettre en place un tel système de traitement de données personnelles.

⁶⁴³ L n° 78-17, modifiée, art 8, II, 1°

⁶⁴⁴ L n° 78-17, modifiée, art. 8, II, 4°

⁶⁴⁵ L n° 78-17, modifiée, art. 8, II, 3°

⁶⁴⁶ [L. n° 78-17](#), modifiée, art. 8, II, 7° ; [L. n° 78-17](#), modifiée, art. 8, IV

⁶⁴⁷ [L. n° 78-17](#), modifiée, art. 8, II, 2°

⁶⁴⁸ [L. n° 78-17](#), modifiée, art. 8, II, 5°

⁶⁴⁹ [L. n° 78-17](#), modifiée, art. 8, II, 6° et 8°

⁶⁵⁰ [L. n° 78-17](#), modifiée, art. 8, IV ; [L. n° 78-17](#), modifiée, art. 8, III

⁶⁵¹ Norme n° 42 du 8 janvier 2002

611 Il y a aussi d'autres données qui doivent faire l'objet d'une déclaration : celle relative aux messageries internet d'entreprise, aux systèmes de gestion du personnel (accès aux locaux) ou de gestion du temps de travail.

Chaque salarié est soumis à un entretien d'année ou de mi – année à fin d'évaluation.

Suite audit entretien un fichier automatisé de traitement de données du salarié en question est élaboré. Les données correspondent aux dates des entretiens d'évaluation, l'identité de l'évaluateur, les compétences professionnelles du salarié, les objectifs assignés, les résultats obtenus, les critères d'évaluation, les observations, les souhaits formulés par le collaborateur et les prévisions d'évolution de carrière⁶⁵².

Afin que le fichier en question puisse contenir les données collectées du salarié, celui-ci doit faire l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL⁶⁵³.

Une fois les déclarations faites par l'employeur, celui-ci doit transmettre à l'inspecteur du travail le « récépissé » prouvant que lesdites formalités ont bien été réalisées⁶⁵⁴.

612 En revanche, si les données personnelles du salarié ne font pas l'objet d'un traitement automatisé, la déclaration à la CNIL n'est pas nécessaire⁶⁵⁵.

De plus, si l'employeur a désigné au sein de son entreprise un correspondant informatique et libertés, il peut se passer de son obligation de déclaration des traitements automatisés sauf pour les traitements soumis à autorisation.

« Les traitements de données qui respectent un certain nombre de conditions peuvent être dispensés de cette déclaration »⁶⁵⁶.

Pour que des traitements automatisés soient dispensés d'une déclaration à la CNIL, il doit s'agir de traitements :

- *« destinés exclusivement à l'information du public étant ouvert à la consultation de celui-ci ou de toute personne justifiant d'un intérêt légitime »,*
- *« mis en œuvre par une association ou tout autre organisme à but non lucratif et à caractère notamment syndical »*

⁶⁵² art. 1 et 3 de la Norme simplifiée n° 46, [délibération de la CNIL n° 2005-002 du 13 janvier 2005](#)

⁶⁵³ [L. no 78-17, 6 janv. 1978](#) ; [Délib. CNIL, no 2005-002, 13 janv. 2005](#), norme no 46 ; voir no 7002

⁶⁵⁴ [C. trav., art. D 3171-15](#) : « Les documents mentionnés aux articles D. 3171-7 à D. 3171-13 peuvent être sous format électronique lorsque des garanties de contrôle équivalentes sont maintenues. En cas de traitement automatisé des données nominatives, l'employeur communique à l'inspecteur du travail le récépissé attestant qu'il a accompli la déclaration préalable prévue par la [loi no 78-17 du 6 janvier 1978](#) précitée. »

⁶⁵⁵ [Cass. soc., 28 nov. 2007, no 06-21.964](#), Bull. civ. V, no 201

⁶⁵⁶ Cnil, dispense n° 10, [Délibération n° 2006-230, 17 oct. 2006](#) ; voir <http://www.cnil.fr>

- les « *traitements qui ont déjà fait l'objet d'une décision de la CNIL* », il s'agit des traitements de données personnelles « *courants* » dont leur élaboration n'entrave pas la vie privée et / ou les libertés individuelles du salarié⁶⁵⁷.
- enfin, en cas de simple mise à jour du traitement automatisé.

De plus certaines données de part leur nature permettent à l'employeur d'être dispensé de son obligation de déclaration, à savoir :

- les activités exclusivement personnelles (rédaction d'un blog par exemple),
- les membres et contacts d'une association à caractère politique, syndical ou religieux,
- l'activité professionnelle d'un artiste (écrivain, cinéaste, éditeur...),
- les opérations courantes de l'entreprise (comptabilité, fichiers de fournisseurs, gestion des paies, registre unique du personnel, déclarations sociales obligations, etc)

613 En plus de la formalité de déclaration, certaines données présentant des « risques d'atteinte à la vie privée du salarié) sont soumises à une obligation d'autorisation préalable de la part de la CNIL, à savoir :

- les données enregistrées portant sur des informations sensibles (origine, opinions politiques, religieuses, syndicales...etc), biométriques et / ou génétiques... etc
- les fichiers ayant une finalité particulière (études statistiques de l'INSEE, traitements de recherche médicale, etc)
- les transferts de données hors de l'Union européenne⁶⁵⁸.

614 Enfin, la demande de déclaration est facilitée :

Le responsable de traitement n'est pas le seul fondé à pouvoir effectuer cette déclaration, en effet, toute personne physique ou organisme ayant qualité pour représenter le responsable de traitement peut le faire. Elle devra mentionner dans ladite déclaration son nom s'il s'agit d'une personne physique ou sa dénomination sociale s'il s'agit d'une personne morale.

Il est nécessaire pour l'employeur d'informer la CNIL sans délai en cas de modification affectant l'une ou l'autre le traitement desdites bases de données. Il s'agit des modifications

⁶⁵⁷ Logiciels de gestion des activités sociales et culturelles : normes de la Cnil à respecter, Le Lamy droit des comités d'entreprise

⁶⁵⁸ <http://www.cnil.fr>

substantielles, autrement dit « *celles qui sont de nature à justifier un réexamen de la CNIL* »⁶⁵⁹. Sauf s'il s'agit d' « *une simple mise à jour du logiciel de traitement* »⁶⁶⁰.

Aussi, il est nécessaire de préciser que certains traitements concernant des données dites « *sensibles* » doivent faire l'objet d'une autorisation de la part de la CNIL, il s'agit des données relatives à l'appartenance syndicale et à la santé des salariés. Le simple avis de la CNIL n'était en l'espèce pas suffisant⁶⁶¹.

Qu'en est-il lorsque l'employeur n'a pas respecté son obligation de déclaration (B) ?

B. Les conséquences du défaut de déclaration

615 A la base, lorsque l'employeur ne remplissait pas son obligation de déclaration à la CNIL de son système de traitement automatisé de données personnelles, ne se voyait pas opposer une irrecevabilité du mode de preuve mais les salariés étaient fondés à demander réparation⁶⁶².

De plus elle a reconnu qu'un salarié pouvait refuser de se soumettre à une directive de son employeur au sujet d'un traitement automatisé de données personnelles n'ayant pas été déclaré au préalable à la CNIL⁶⁶³.

Le licenciement du salarié reposant sur une base de données non déclarée était donc considéré sans cause réelle et sérieuse.

Dès 1997, la Cour d'appel de Paris a considéré qu'une preuve résultant d'un listing téléphonique n'ayant pas été déclaré au préalable était irrégulière et donc illicite.

Ladite Cour réitérera son jugement le 22 juin 2001 : elle va juger que « *la production d'une liste de relevés de communications interne à l'entreprise était subordonnée à l'obligation préalable de déclaration à la C.N.I.L. et qu'à défaut les relevés sont des moyens de preuve illicites devant être écartés des débats* ».

⁶⁵⁹ [D. n° 2005-1309](#), modifié, art. 11, al. 2 ; V. [JCl. Communication, Fasc. 4732](#)

⁶⁶⁰ [Cass. soc., 23 avr. 2013, n° 11-26.099](#) : [Comm. com. électr. 2013, comm. 97](#), obs. E.-A. Caprioli ; DPS Bull. juin 2013, p. 5 ; [JCP S 2013, act. 225](#), obs. L. Dauxerre ; D. 2013, p. 1142 ; Liaisons soc. Q 2 mai 2013 ; Jurispr. soc. Lamy 2013, n° 345, D. Julien-Paturle. – A. Gérard, 18 juin 2013, [www.juriscom.net](#) : Rev. Lamy dr. immat., n° 95, juill. 2013, 3161, p. 43, note J. Uzan-Naulin

⁶⁶¹ [CE, 24 sept. 2014, n° 363194](#), Union synd. Solidaires Paris

⁶⁶² Cass. soc., 7 juin 1995, n° 91-44919 : Bull. civ. V, n° 184

⁶⁶³ Cass. soc., 6 avr. 2004, n° 01-45227 : Bull. civ. V, n° 103

616 A l'heure actuelle, en se fondant sur les articles 9 du Code civil, 2 de la loi de 1978 (types de dispositifs concernés) et 22 (obligation de déclaration), la Cour considère que la preuve résultant de ladite base est « tout simplement **irrecevable** ». L'employeur n'a pas la possibilité de se fonder sur les preuves résultats des systèmes non déclarés.

Ladite sanction est considérée par certains auteurs comme « sévère ».

Il est nécessaire d'établir les sanctions relatives à l'absence de déclaration auprès de la CNIL : En vertu de l'article 226-16 du Code pénal, si un traitement de données personnelles n'est pas déclaré auprès de la CNIL, l'employeur encourt une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

Dans de rares cas, si le responsable de traitement est une personne morale, la peine d'amende peut être majorée jusqu'à 1 500 000 euros (art 131-38 et 226-42 du Code pénal) et être accompagnée d'autres sanctions non financières telles la fermeture de l'entreprise (art 131-29, 2° à 5° et 7° à 9° et 226-24).

De plus, il existe des sanctions administratives : versement de sanctions pécuniaires « *qui varie en fonction de la gravité du manquement* ».

La Commission prononce ses sanctions en fonction de la situation financière du responsable de traitement.

Elle a par exemple condamné une association à une amende de un euro compte tenu de la « *faiblesse des moyens propres de cette dernière* »⁶⁶⁴.

Enfin, le responsable de traitement peut se voir condamné à une sanction civile en cas de défaut de l'obligation de déclaration⁶⁶⁵

En effet, une entreprise et sa DRH ont été condamnées pénalement par la Cour d'appel de Versailles car elles n'avaient pas déclarées à la CNIL les traitement de données.

Cette omission volontaire ou non a été considérée par ladite Cour comme un « manquement à la sécurité des données traitées »⁶⁶⁶.

Dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 8 octobre 2009 (n° 13-14.991) le licenciement d'une salariée fondée sur l'envoi et / ou la réception de 607 et 621 messages à caractère personnel en seulement deux mois a été considérée sans cause réelle et sérieuse.

Pourquoi l'envoi abusif en entreprise de courriels privés n'a-t-il pu être sanctionné ?

⁶⁶⁴ CNIL, délib. N° 2014-040, 29 janv. 2014

⁶⁶⁵ Cass. soc., 7 juin 1995, n° 91-44.919, Synd. CGT Turbomeca Bordes c/ Turbomeca : [JurisData n° 1995-001403](#) ; Bull. civ. 1995, V, n° 184 ; Dr. soc. 1995, p. 1043 ; RJS août-sept. 1995, n° 901

⁶⁶⁶ CA Versailles, 7e ch., 6 oct. 2003, Alstom Power Boilers, TGI Paris, Irech., sect. soc., 4 avr. 2006, Sud Télécom Paris c/ SA

Les juges ont constaté que le système de l'employeur élaboré pour surveiller ses salariés sur l'utilisation de la messagerie électronique n'a pas été déclaré au préalable à la CNIL :

« *constituent un moyen de preuve illicite les informations collectées par un système de traitement automatisé de données personnelles avant sa déclaration à la CNIL* » et décidant que la cour d'appel ne pouvait se fonder « *uniquement sur des éléments de preuve obtenus à l'aide d'un système de traitement automatisé d'informations personnelles avant qu'il ne soit déclaré à la CNIL, alors que l'illicéité d'un moyen de preuve doit entraîner son rejet des débats* »⁶⁶⁷.

617 Par ailleurs, l'employeur ne peut pas se servir d'une information collectée à l'aide d'un traitement automatisé n'ayant pas été déclaré au préalable à la CNIL à l'encontre du salarié. Ladite information serait considérée comme un « *moyen de preuve illicite* »⁶⁶⁸.

Soulignons le cas d'une déclaration tardive :

Un salarié qui a été licencié sur un motif reposant sur un traitement de base de données ayant été déclaré à la CNIL juste avant le prononcé de son licenciement.

La Cour de cassation n'a pas retenu ledit mode de preuve.

Une déclaration tardive n'est pas une déclaration valable⁶⁶⁹.

L'employeur est dispensé de son obligation de déclaration lorsqu'il s'agit de « *relevés de consommation téléphoniques qui n'ont pas été mis en place sous son contrôle* » mais celui de la société France Telecom en l'espèce.

L'employeur peut donc se fonder sur les relevés établis par son fournisseur d'accès⁶⁷⁰.

Si la mise en œuvre du traitement de données personnelles des salariés a été élaborée en vertu d'un règlement européen, les preuves obtenues ne sont pas considérées comme illicites⁶⁷¹.

⁶⁶⁷ Cass. soc., 8 oct. 2014, no 13-14.991

⁶⁶⁸ Cass. soc., 8 oct. 2014, no 13-14.991, P+B

⁶⁶⁹ Cass. soc., 8 oct. 2014, n° 13-14.991 : [JurisData n° 2014-023165](#) ; [JCP S 2015, 1057](#), note B. Bossu ; [Procédures 2015, comm. 18](#), note. A. Bugada ; [Comm. com. électr. 2014, comm. 98](#), note E.-A. Caprioli ; [JCP E 2014, 1663](#), note Y. Pagnere ; [JCP G 2014, 1119](#), obs. D. Corrignan-Carsin ; [JCP S 2014, act. 381](#), obs. N. Dauxerre ; Rev. Lamy dr. immat., n° 110, déc. 2014, /110, p. 27, note M. Moritz. - A. d'Helly, Utilisation des TIC par les salariés et leurs représentants : [JCP S 2014, 1393](#)

⁶⁷⁰ Petites Affiches, 09 juin 2004, n° 115, p. 3 Droit social

⁶⁷¹ Cass. soc., 14 janv. 2014, n° 12-16.218, X. c/ Sté Goubet : Cah. soc. barreau, n° 260, 1er févr. 2014, obs. J. Icard ; [Procédures 2014, comm. 75](#), obs. A. Bugada ; Rev. Lamy dr. immat., n° 104, mai 2014, n° 3474, p. 52, obs. J. de Romanet ; [JCP S 2014, 1213](#), note G. Bossu ; [JCP S 2014, 1214](#), note E. Geffray et C. Giro

Une fois le système de traitement déclaré auprès de l'autorité compétente, l'employeur est soumis à certaines autres obligations essentielles (§2).

§2 : Les obligations relatives à la collecte des informations

Les obligations relatives à la collecte des informations consistent en premier lieu en l'obligation d'information des salariés et de leurs représentants (A), mais aussi dans le respect du principe de loyauté de l'employeur (B).

A. L'obligation d'informer

618 L'employeur se doit d'informer les salariés et les représentants du personnel s'il décide de mettre en place un système de traitements des données personnelles.

Par conséquent, il doit préciser aux salariés les « *raisons* » de l'élaboration de ce dispositif, « *son fonctionnement, les destinataires des informations, le droit d'accès / de modification des données collectées ...* ».

Ni la législation ni la CNIL n'imposent de « formalisme » précis pour cette procédure. Il est conseillé d'afficher une note de service dans les locaux de l'entreprise.

L'employeur doit informer le salarié de la nature de système de traitement automatisé, à savoir la finalité dudit traitement, l'identité de la personne responsable du fichier, les droits d'accès, de rectification, d'interrogation et d'opposition et les transmissions des données en question.

L'obligation d'information incombe aussi à la personne responsable des traitements automatisés, en effet, en vertu de l'article 27 de la loi du 6 janvier 1978 elle se doit d'informer « les personnes auprès desquelles sont recueillies des informations nominatives du caractère obligatoire ou facultatif des réponses, des conséquences à leur égard d'un défaut de réponse, des personnes physiques ou morales destinataires des informations ainsi que de l'existence d'un droit d'accès et de rectification ».

Une preuve qui résulterait d'une information tardive des salariés ou des représentants du personnel s'avèrerait illicite.

Une fois les salariés et leurs représentants informés de l'existence du système de collecte des données, l'employeur doit respecter le principe de loyauté tout au long du traitement en question (B).

B. Le principe de loyauté

619 En vertu de l'article 8 de la Charte européenne des droits fondamentaux, il s'agit d'un principe essentiel de la protection des données à caractère personnel⁶⁷², renforcé par le Conseil constitutionnel qui le considère comme « *l'une des garanties légales du droit au respect de la vie privée* »⁶⁷³.

En vertu de l'article 6, 1° de la loi de 1978, les données « *sont collectées et traitées de manière licite et loyale* ».

Ce qui signifie que le traitement de données personnelles doit répondre à un « *impératif de transparence* »⁶⁷⁴, autrement dit « *suppose que les personnes concernées puissent connaître l'existence des traitements et bénéficier, lorsque des données sont collectées auprès d'elles, d'une information effective et complète au regard des circonstances de cette collecte* »⁶⁷⁵.

620 La collecte de données se doit d'être soumise au principe de loyauté.

La non réalisation par l'entreprise desdites obligations de protection des données personnelles des salariés entraîne en effet plusieurs types de sanctions, à savoir :

- un avertissement,
- une amende,
- le verrouillage des données pendant 3 mois,
- une injonction d'arrêter le traitement des données et
- le retrait de l'autorisation de la CNIL.

621 Le principe de loyauté résulte du respect des obligations d'information et de déclaration par l'employeur. Il régit l'administration de la preuve devant les juridictions

⁶⁷² [JCl. Administratif, Fasc. 274-10](#) et [JCl. Communication, Fasc. 4710](#)

⁶⁷³ Cons. const., 15 nov. 2007, déc. n° 2007-557 DC, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile : [JCP A 2007, act. 1033](#) ; [JCP G 2007, act. 563](#) ; [JCP G 2008, I, 100](#), F. Terré. – M. Verpeaux. À propos de la décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile : [JCP G 2008, I, 101](#). – F. Chaltiel, Les tests ADN et les statistiques ethniques devant le Conseil constitutionnel : LPA 26 nov. 2007, p. 4. – Cons. const., 21 févr. 2008, [déc. n° 2008-562](#), DC, « Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental » : [JurisData n° 2008-010653](#) ; Cah. Cons. const. 2008, n° 24. – V. également sur la qualification de la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, B. Viau et R. Perray : Gaz. Pal. 2008, doct. p. 33

⁶⁷⁴ Conseil de l'Europe, Les nouvelles technologies : un défi pour la protection de la vie privée ? : Strasbourg, 1989, p. 35

⁶⁷⁵ Considérant n° 38 de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995

civiles entre les parties. En cas contraire, une preuve résultant d'une base de données illicite doit être écartée des débats judiciaires⁶⁷⁶. Un employeur ne pourra se servir d'une preuve provenant d'un système où le salarié n'a pas été informé de son existence.

L'exigence de loyauté doit être respectée dans l'administration de la preuve.

L'article 9 du Code de procédure pénale affirme dans ce sens que le comportement de la direction relatif à la recherche de la preuve se doit d'être loyal.

Les juges (en l'occurrence le Conseil d'Etat) écartent aussi des débats une preuve résultant d'un traitement de base de données qui ne répond pas aux conditions de formalités requises même lorsque ledit traitement a été élaboré aux termes d'un acte administratif⁶⁷⁷.

Il n'est pas question de manque de loyauté lorsque le système informatique a été « *mis en œuvre avant la réception du récépissé délivré par la CNIL* ».

Le Conseil d'Etat précise qu' « *une telle circonstance est sans incidence sur la légalité de l'acte administratif autorisant le traitement* »⁶⁷⁸.

Les données collectées doivent en outre être exactes et complètes.

En effet, selon l'article 6, 4° de la loi de 1978, « *seules peuvent être collectées des données exactes et complètes* ».

Dans le cas inverse, celles-ci doivent être « *mises à jour* ».

Cette obligation de « *modification* » est une obligation de moyen et non de résultat⁶⁷⁹.

Il est donc du devoir du responsable de traitement « *d'adopter les mesures appropriées pour que les données inexactes ou incomplètes au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou traitées soient effacées ou rectifiées* ».

En cas de non respect relatif à ces dispositions, le responsable de traitement risque une amende de 1500 euros⁶⁸⁰, qui peut être majorée en cas de récidive⁶⁸¹.

622 Par ailleurs, en vertu d'une proposition de règlement, il est précisé à l'article 14 que les responsables de traitements ont l'obligation de faire figurer sur le document

⁶⁷⁶ Petites affiches, 09 juin 2004, n° 115, p. 3

⁶⁷⁷ CE, 19 juill. 2010, n° 317182 et n° 334014, F. et C. : [JurisData n° 2010-012219](#) et [JurisData n° 2010-012472](#) ; JCP G 2010, AJ, p. 822 ; M.-C. de Montecler, Le Conseil d'Etat donne une leçon d'informatique et libertés à l'Éducation nationale : Dalloz actu. 267 juill. 2010, p. 1454 ; [Dr. adm. 2010, comm. 146](#), note P. Raimbault ; LPA 22 mars 2011, n° 57, p. 3, note M.-C. Rouault

⁶⁷⁸ CE, 26 juill. 2014, n° 370212, M. A. et M. C.

⁶⁷⁹ Art 40 de la loi du 6 janvier 1978 ; V. JCl. Administratif, Fasc. 274-40, n° 142 et [JCl. Communication, Fasc. 4720, n° 142](#)

⁶⁸⁰ [C. pén., art. R. 625-12](#). – Pour plus de détails, V. [JCl. Pénal Code, Art. 226-16 à 226-24, fasc. 20, n° 503 s.](#)

⁶⁸¹ [C. pén., art. R. 625-13](#). – JCl. Pénal Code, Art. 226-16 à 226-24, fasc. 20, n° 506

d'information délivré au salarié faisant l'objet d'un traitement de base de données : la durée de conservation des données, le droit d'introduire une réclamation auprès de la CNIL avec ses coordonnées.

La précision de toutes ces mentions permet « d'assurer la loyauté du traitement »⁶⁸², qui s'avère renforcé par le droit de regard du salarié sur les données collectées (Sous-section 2).

Sous-section 2 : Le droit de regard du salarié sur les données collectées

623 Avant tout traitement de données personnelles en entreprise, le salarié se doit de donner son consentement qui ne peut être tacite ou implicite afin d'autoriser ledit traitement. Le consentement « *doit répondre à une information préalable claire, précise et complète* ». Comme tout consentement, celui – ci doit être libre et éclairé, cependant, nous pouvons nous interroger sur le caractère « *libre* » du consentement étant donné que le salarié se trouve subordonné au responsable des traitements. Ce qui n'est pas le cas du traitement des données d'un dirigeant.

Nous pouvons nous demander si cette situation de déséquilibre risque de porter ou non atteinte aux droits du salarié et donc au respect de sa vie privée.

Les salariés ont accès à leurs propres données personnelles (§1), afin de pouvoir contrôler les informations nominatives qui leur correspond (§2).

⁶⁸² « Anticiper sur les nouvelles obligations légales pour protéger les données personnelles dans l'entreprise », Cahiers de droit de l'entreprise n° 2, Mars 2012, prat. 10, Etude Cahier pratique rédigé par Merav Griguer Avocat à la cour Feral-Schul Sainte -Marie

§1 : L'accès et la communication des données personnelles

Un droit d'accès a été élaboré en faveur des salariés de l'entreprise (A). Par conséquent, ces derniers sont protégés d'un quelconque refus du droit d'accès et de communication (B).

A. Le droit d'accès

624 Le droit d'accès aux données personnelles du salarié figure à l'article 8 de la Charte européenne des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Ce principe est donc érigé à la place de droit fondamental de l'Union européenne, étant considéré comme un des « *principes les plus essentiels de la protection des données à caractère personnel* ».

Accorder au salarié un droit d'accès signifie qu'il doit en recevoir une copie et non avoir seulement la possibilité de le visualiser sur place⁶⁸³.

625 Tout d'abord au sujet du droit de curiosité, si le responsable de traitement détient des informations de nature personnelle sur le salarié, ce dernier a le droit de faire une demande que l'on qualifiera de « *demande discrétionnaire* » pour savoir quelles sont ces informations.

Le refus sera sanctionné par une amende de 5^{ème} classe (infraction passible d'une amende de 1 500 euros).

C'est ce que l'on peut qualifier de droit de regard du salarié sur les informations collectées sur lui par la direction de l'entreprise.

626 Puis, en ce qui concerne le droit d'accès et de communication :

L'article 34 de la loi du 6 janvier 1978 affirme que :

« *Le responsable du traitement est tenu de prendre toutes précautions utiles, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour préserver la sécurité des*

⁶⁸³<http://www.cnil.fr/la-cnil/actualite/article/article/un-employeur-sanctionne-pour-avoir-refuse-la-demande-dun-salarie-voulant-acceder-a-ses-donnee/>

données et, notamment, empêcher qu'elles soient déformées, endommagées, ou que des tiers non autorisés y aient accès.

Des décrets, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, peuvent fixer les prescriptions techniques auxquelles doivent se conformer les traitements mentionnés au 2° et au 6° du II de l'article 8. »

Et l'article 35 :

« Les données à caractère personnel ne peuvent faire l'objet d'une opération de traitement de la part d'un sous-traitant, d'une personne agissant sous l'autorité du responsable du traitement ou de celle du sous-traitant, que sur instruction du responsable du traitement.

Toute personne traitant des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement est considérée comme un sous-traitant au sens de la présente loi.

Le sous-traitant doit présenter des garanties suffisantes pour assurer la mise en oeuvre des mesures de sécurité et de confidentialité mentionnées à l'article 34. Cette exigence ne décharge pas le responsable du traitement de son obligation de veiller au respect de ces mesures.

Le contrat liant le sous-traitant au responsable du traitement comporte l'indication des obligations incombant au sous-traitant en matière de protection de la sécurité et de la confidentialité des données et prévoit que le sous-traitant ne peut agir que sur instruction du responsable du traitement. »

627 Il est donc à noter qu'en principe, le salarié est informé de son droit d'accès et de communication à ses informations personnelles dans son **contrat de travail**.

Isabelle DE BENALCAZAR se demande légitimement si le salarié sera à même de pouvoir exercer son pouvoir en toute sérénité.

Celui-ci se trouvant confronté au pouvoir de son employeur.

« Le rapport hiérarchique pourrait empêcher l'exercice de ce droit : entre un salarié, créancier de ce droit, mais subordonné à son employeur et un employeur, débiteur du droit d'accès mais en position de supériorité dans les relations contractuelles ».

Le respect de la vie privée étant une liberté fondamentale, celui-ci ne devrait pas se retrouver heurté au pouvoir hiérarchique de l'employeur.

En effet, le droit d'accès peut être exercé selon deux modalités, soit directement, soit indirectement.

- le droit d'accès direct :

Toute personne qui justifie son identité « a le droit d'interroger le responsable d'un traitement » afin de réaliser son droit d'accès à ses données personnelles⁶⁸⁴, et

- le droit d'accès indirect :

Il concerne certains traitements publics⁶⁸⁵ et les traitements relatifs aux données de santé à caractère personnel⁶⁸⁶.

Pour les traitements publics, il s'agit entre autres des traitements mis en œuvre par les administrations publiques et les **personnes privées chargées d'un service public** ayant « *pour mission de prévenir, rechercher ou constater des infractions, ou de contrôler ou recouvrer des impositions* »⁶⁸⁷.

C'est le décret du 20 octobre 2005 qui précise les modalités de ce droit, à savoir une demande par écrit à la CNIL⁶⁸⁸.

Selon le Conseil d'Etat, la CNIL garantit « l'effectivité » dudit droit car c'est auprès d'elle que s'effectue la « *pré-demande* »⁶⁸⁹.

Une fois la demande effectuée, la CNIL dispose d'un « *pouvoir d'appréciation du bien-fondé des demandes* », à savoir le rejet ou l'acceptation de la demande »⁶⁹⁰.

Elle dispose en outre d'un délai de quatre mois, susceptible d'être prorogé une fois la réception de la demande.

Il se peut que la CNIL ait besoin de réaliser une enquête pour répondre à la demande du salarié.

Elle peut requérir au demandeur de lui « *fournir* » les éléments pour la réaliser⁶⁹¹. Sinon le dossier risque de faire l'objet d'une « *clôture* »⁶⁹².

Une fois que la CNIL a demandé d'accéder aux données au responsable des traitements, celui-ci a trois mois pour « *réaliser ses propres investigations* ».

La CNIL doit notifier les résultats au salarié⁶⁹³.

Les informations ne peuvent être communiquées lorsqu'elles sont au cœur d'une procédure judiciaire⁶⁹⁴.

⁶⁸⁴ [L. n° 78-17](#), modifiée, art. 39, I, al. 1er

⁶⁸⁵ [L. n° 78-17](#), modifiée, art. 41, al. 1er

⁶⁸⁶ article L. 1111-7 du Code de la santé publique

⁶⁸⁷ [L. n° 78-17](#), modifiée, art. 42. – Sur les modalités, [D. n° 2005-1309](#), modifié, art. 89, al. 1er. –

Pour plus de détails, V. infra [n° 124 s.](#)

⁶⁸⁸ [D. n° 2005-1309](#), modifié, art. 86, al. 1er. – CNIL, règl. int., art. 73, al. 1er

⁶⁸⁹ CE, 24 août 2011, HSBC Private Bank Suisse, cité supra [n° 15](#). – Également, pour information, sur le rejet du référé-suspension, [CE, 19 avr. 2010, n° 337458](#), HSBC Private Bank Suisse, cité supra [n° 15](#)

⁶⁹⁰ [D. n° 2005-1309](#), modifié, art. 86, al. 3.

⁶⁹¹ [D. n° 2005-1309](#), modifié, art. 87, al. 1er

⁶⁹² CNIL, règl. int., art. 73, al. 1er

⁶⁹³ [D. n° 2005-1309](#), modifié, art. 87, al. 1er

Quant au droit d'accès indirect aux données de santé à caractère personnel, en vertu de l'article 43 de la loi du 6 janvier 1978 : « *lorsque l'exercice du droit d'accès s'applique à des données de santé à caractère personnel, celles-ci peuvent être communiquées à la personne concernée, selon son choix, directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle désigne à cet effet dans le respect des dispositions de l'article L. 1111-7 du Code de la santé publique* ».

Il se peut qu'un employeur bloque les informations des salariés, ce dernier a-t-il des moyens afin de lutter contre un tel refus (B) ?

B. Les conséquences d'un refus du droit d'accès et de communication

628 La CNIL est considérée comme l'autorité protectrice des données personnelles des salariés, en ce qu'elle veille à la « *bonne application des dispositions de la loi informatique et libertés* ».

Il est donc nécessaire de s'adresser directement à ses services pour contrer le refus du responsable de traitement de communiquer au salarié les informations demandées⁶⁹⁵.

De plus, en vertu de son pouvoir de sanction, cette autorité peut prononcer des sanctions administratives en cas de non-respect du droit d'accès comme elle l'a fait envers la société EQUIPEMENTS NORD PICARDIE « *qui s'obstinait à refuser de délivrer à un salarié qui en avait fait la demande la copie de ses données* »⁶⁹⁶.

En l'espèce, il s'agissait d'un salarié ayant eu un accident au sein de l'entreprise, avait besoin d'accéder aux données de géolocalisation du véhicule de service en question afin de prouver devant le tribunal le « *caractère professionnel de son accident de travail* ».

L'employeur n'ayant pas donné suite à sa requête, il a déposé une plainte auprès de la CNIL le 23 juin 2011 qui a « *enjoint à la société de communiquer lesdites données au salarié* ».

Puis le CNIL met en demeure la société le 16 décembre 2011.

Mise en demeure à laquelle la société répond que le salarié peut « *consulter les informations sur place sans en prendre copie* ».

⁶⁹⁴ [D. n° 2005-1309](#), modifié, art. 89, al. 2

⁶⁹⁵ Que faire lorsque le titulaire du droit d'accès rencontre un refus de communication des informations ? Guide pratique – Le Lamy droit du numérique - 2015

⁶⁹⁶ CNIL, dél. no 2012-213, 22 juin 2012, Comm. com. électr. 2012, no 9, comm. 101, Lepage A. ; CNIL, communiqué, Un employeur sanctionné pour avoir refusé la demande d'un salarié voulant accéder à ses données, 9 juill. 2012, <www.cnil.fr>

La CNIL va reprendre l'article 39 de la loi informatique et libertés pour mettre en demeure une nouvelle fois l'entreprise en question :

« I.-Toute personne physique justifiant de son identité a le droit d'interroger le responsable d'un traitement de données à caractère personnel en vue d'obtenir :

1° La confirmation que des données à caractère personnel la concernant font ou ne font pas l'objet de ce traitement ;

(...)

4° La communication, sous une forme accessible, des données à caractère personnel qui la concernent ainsi que de toute information disponible quant à l'origine de celles-ci ; »

629 La CNIL condamne ladite société à 10 000 euros d'amende et à un rendu public de la décision car la négligence de l'employeur en question « *fait perdre au salarié un moyen de preuve inacceptable* ».

Nous pouvons aussi citer le cas d'un responsable de traitement ayant transmis les données personnelles du salarié à son représentant et non pas à lui – même.

Par conséquent la CNIL a adressé une mise en demeure au responsable de traitement afin qu'il régularise sa situation, mesure confirmée par le Conseil d'Etat⁶⁹⁷.

Le refus de la part du responsable de traitement de laisser le salarié accéder à ses informations est pénalement répréhensible d'une contravention de la cinquième classe⁶⁹⁸.

Comme la majorité des traitements relatifs au droit d'accès indirect relève de l'Etat, en vertu du principe « *d'irresponsabilité pénale de l'Etat* » son « *non respect ne fait pas l'objet de sanctions pénales* »⁶⁹⁹.

De même pour les sanctions administratives qui sont prononcées par la CNIL, celles-ci sont limitées.

Pour le droit d'accès indirect aux données médicales, la personne dispose du droit d'accès direct.

La Commission ne peut ni prononcer des sanctions pécuniaires⁷⁰⁰ ni décider de l'interruption du traitement⁷⁰¹.

Seule la saisine du premier ministre reste possible⁷⁰².

⁶⁹⁷ CE, 20 oct. 2010, Société Centrapel, no 327916, JCP A, no 44, 2 nov. 2010, actu 791

⁶⁹⁸ Art R 625-11 Code pénal

⁶⁹⁹ Art 121-2 al 1^{er} Code pénal

⁷⁰⁰ [L. n° 78-17](#), modifiée, art. 45, I, al. 4, 1°

⁷⁰¹ [L. n° 78-17](#), modifiée, art. 45, II, 1°

Outre l'accès et la communication des données personnelles à l'égard du salarié, ce dernier peut contrôler les informations le concernant (§2).

§2 : Le contrôle des informations nominatives

Le salarié peut contrôler les informations qui le concernent grâce à la mise en place du droit de contestation et de rectification (A), mais aussi du droit (B).

A. Le droit de contestation et de rectification

630 Les droits de contestation et de rectification permettent à son titulaire de pouvoir « *maîtriser l'exactitude des données* » personnelles les concernant⁷⁰³.

Le droit de rectification et même par extension de suppression figure au rang des droits fondamentaux, érigés en tant que tels par la Charte des droits fondamentaux dans son article 8.

Il suppose que tout individu, en l'occurrence salarié « *est en droit de demander à un responsable de traitement de rectifier, compléter, clarifier, mettre à jour, verrouiller ou effacer les données inexactes, incomplètes, équivoques, périmées le concernant ou dont la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite* »⁷⁰⁴.

La demande de verrouillage résulte de la directive du 24 octobre 1995⁷⁰⁵.

631 Il faut savoir que le droit de rectification figure lors de l'exercice du droit d'accès indirect, la CNIL peut avec l'accord du responsable de traitement rectifier ou effacer certaines informations du demandeur.

Le responsable de traitement peut s'y opposer, dans ce cas, la CNIL doit préciser au « *demandeur en question que les vérifications nécessaires ont été effectuées* »⁷⁰⁶.

Le salarié a aussi la possibilité de « **s'opposer** » au fait que certaines données personnelles fassent l'objet d'un traitement (B).

⁷⁰² [L. n° 78-17](#), modifiée, art. 45, II, 4°.

⁷⁰³ Droit du travail et nouvelles technologies, Isabelle DE BENALCAZAR

⁷⁰⁴ [L. n° 78-17](#), modifiée, art. 40, al. 1er

⁷⁰⁵ Dir., art. 12, b

⁷⁰⁶ [D. n° 2005-1309](#), modifié, art. 88, al. 3

B. Le droit d'opposition

632 Le droit d'opposition permet au salarié de s'opposer à ce que ses données personnelles fassent l'objet d'un traitement.

La directive du 24 octobre 1995 en accord avec la loi informatique et libertés de 1978 précise que « *la personne concernée doit faire valoir des raisons prépondérantes et légitimes* »⁷⁰⁷.

La personne a la possibilité de « *s'opposer, sur demande et gratuitement, au traitement des données à caractère personnel la concernant envisagé par le responsable du traitement à des fins de prospection* ».

De plus, en vertu de l'article 38, al 1^{er} de la loi de 1978, « *toute personne a le droit de s'opposer à ce que les données la concernant fassent l'objet d'un traitement* ».

Cette demande doit résulter de « **motifs légitimes** » selon l'article 38 de la loi de 1978.

La loi ne donne pas de définition du « *motif légitime* » en question.

Il faut donc se référer à la jurisprudence. La Cour d'appel de Paris a considéré qu'était légitime « *la demande d'un dirigeant de société, dont les coordonnées personnelles avaient été rendues publiques par Infogreffe, de s'opposer à cette publication, pour des raisons de sécurité liées à son ancien emploi à la Défense nationale* »⁷⁰⁸.

De même lorsqu'il s'agit du risque d'atteinte à la vie privée⁷⁰⁹.

Au niveau politique, philosophique ou religieuse la Cour de cassation considère que le motif légitime « *est rempli par le seul exercice de la faculté, pour la personne concernée, de s'opposer au traitement de données personnelles* »⁷¹⁰.

La plupart des décisions de jurisprudence montre que les motifs sont considérés en majorité comme légitimes afin d'accéder aux requêtes des demandeurs⁷¹¹.

633 Certaines mesures en faveur du respect de la vie privée du salarié ont été élaborées par la CNIL afin de le faciliter :

⁷⁰⁷ Dir., art. 14, al 1^{er}, a)

⁷⁰⁸ CA Paris, 1^{re} ch., sect. A, 22 juin 1993, X c/ Y : [JurisData n° 1993-023638](#) ; JCP E 1994, 359, chron. M. Vivant et C. Le Stanc

⁷⁰⁹ [Cass. crim., 29 juin 1999, n° 97-84.166](#) : D. 1999, inf. rap. p. 244 ; JCP E 1999, 1705 ; Gaz. Pal. 15 févr. 2000, n° 46, p. 17, note J.-P. Doucet

⁷¹⁰ [Cass. crim., 28 sept. 2004, n° 03-86.604](#) : [JurisData n° 2004-025249](#) ; D. 2004, p. 3038 ; [JCP G 2004, IV, 3265](#) ; [Dr. pén. 2005, comm. 18](#), obs. M. Véron ; Comm. com. électr. 2005, alerte 60, obs. M.-A. Ledieu

⁷¹¹ CAA Lyon, 22 avr. 2014, n° 12LY24711, M. A. et M. B

En effet, il a été permis aux salariés d'effectuer leur demande par voie électronique, ce qui est un gain de temps, au lieu de les « *contraindre par voie postale* ».

De plus, le responsable de traitement qui ne fait pas droit à la demande du salarié a l'obligation de « *motiver son refus* » (conservation des preuves, demande abusive, absence d'intérêt à agir, non justification de l'identité de la personne concernée... etc).

Il doit être précisé sur le document du refus la possibilité pour le salarié de faire une demande de réclamation auprès de la CNIL et de former un recours juridictionnel⁷¹².

Les NTIC permettent donc de faciliter la collecte des données personnelles des salariés, mais elles vont aussi être à l'origine du phénomène de disparition de la frontière entre la vie personnelle et la vie professionnelle du salarié (Section 2).

Section 2 : Une limite de plus en plus floue entre la vie personnelle et la vie professionnelle du salarié

634 Avec l'évolution des NTIC, les salariés sont devenus « *télé-disponibles* » via les ordinateurs et les téléphones portables, c'est-à-dire disponibles en permanence.

Le lien créé entre ces outils et les salariés est parfois caractérisé par la doctrine, en particulier par le Professeur J.E RAY de « *laisse électronique* »⁷¹³.

Certains employeurs se permettent de franchir les limites de la vie privée du salarié en envoyant courriels et / ou messages téléphoniques en dehors des temps et lieux de travail (temps de pause, soirées, week-end, congés).

En grande majorité les dits messages sont envoyés sur le matériel professionnel fourni par l'employeur au salarié, certains auteurs parlent de ce « *don* » de matériel comme d'un « *piège* » pour le salarié.

L'avènement des NTIC engendre en premier lieu un impact (Sous-section 1) sur la façon de travailler des salariés mais aussi sur leur santé physique et mentale, et par conséquent sur la vie privée du salarié (Sous-section 2).

⁷¹² « Anticiper sur les nouvelles obligations légales pour protéger les données personnelles dans l'entreprise », Cahiers de droit de l'entreprise n° 2, Mars 2012, prat. 10, Etude Cahier pratique rédigé par Merav Griguer Avocat à la cour Feral-Schul Sainte -Marie

⁷¹³ J.-E. Ray, Le droit du travail à l'épreuve des TIC, op. cit., p. 35

Sous-section 1 : Un impact résultant de l'avènement des NTIC

Nous allons voir en quoi cet avènement croissant des NTIC se révélera en premier lieu comme un facteur de risque professionnel (§1), mais aussi comme étant à l'origine de l'apparition d'un nouveau procédé en entreprise : Le BYOD (« Bring Your Own Device ») (§2).

§1 : LES NTIC : facteur de risque professionnel

Les NTIC étant en partie un facteur de risque professionnel, elles auront des conséquences sur la santé du salarié (A), à travers notamment le phénomène du burn out (B).

A. Conséquences sur la santé du salarié

635 Pour Céline LEBORGNE-INGAGELAERE, l'ascension des NTIC est devenue une « *composante clé de la survie et de la compétitivité [des PME mais aussi des firmes multinationales]* ». Les pays du monde entier sont liés les uns aux autres professionnellement grâce à ces NTIC.

Seulement cette évolution des NTIC est un facteur de risque pour la santé des salariés, même si elles ont été analysées comme des « *technologies douces* », « *plutôt favorables au bien-être des travailleurs* »⁷¹⁴.

La législation se penche ardemment sur le sujet avec la réforme de la médecine du travail⁷¹⁵, la reconnaissance juridique de la pénibilité au travail⁷¹⁶.

Le « *droit de la santé au travail* », désigné par certains auteurs comme le « *droit du bien-être au travail* »⁷¹⁷ est devenu une priorité, renforcé d'autant plus par une jurisprudence abondante⁷¹⁸.

⁷¹⁴ Centre d'analyse stratégique, rapport L'impact des TIC sur les conditions de travail, févr. 2012, p. 161

⁷¹⁵ [L. n° 2011-867, 20 juill. 2011](#) relative à l'organisation de la médecine du travail : [Journal Officiel 24 Juillet 2011](#)

⁷¹⁶ [L. n° 2010-1330, 9 nov. 2010](#) portant réforme des retraites : [Journal Officiel 10 Novembre 2010](#)

⁷¹⁷ P.-Y. Verkindt, La santé au travail. Quelques repères pour un droit en mouvement : Dr. ouvrier 2003, p. 87

⁷¹⁸ J. Martinez, Les mouvements d'extension du droit de la santé au travail : [JCP S 2009, 1170](#)

La conférence sociale de juin 2013 a d'ailleurs affirmé que la protection de la santé au travail, l'amélioration des risques professionnels et l'amélioration des conditions de travail étaient des enjeux sociaux prioritaires.

L'évolution des NTIC a permis d'instaurer ce que l'on appelle « *la culture de l'urgence* » qui est en partie à l'origine de l'impact sur la santé des salariés. De plus, même si le temps de travail peut être réduit via l'influence des NTIC, celui-ci s'en trouve « *intensifié* »⁷¹⁹.

Certains auteurs parlent d'une augmentation de la « *charge mentale des salariés* »⁷²⁰.

En effet, le phénomène de la « *télé-disponibilité* » entraîne un « *effacement* » de la frontière travail / repos. Certains auteurs parlent de « *l'abolition de la summa divisio travail / repos* ».

Les temps de repos se sont dégradés.

Les NTIC ont permis l'accentuation du phénomène de « *compétition permanente* » engendrant des salariés constamment sur le qui vive avec des objectifs précis à réaliser (obligation de résultat).

636 Le psychologue Robert KARASEK précise en outre qu'il y a 2 facteurs de stress du salarié en entreprise :

- la demande faite à l'individu et
- le contrôle exercé sur l'activité de l'individu.

Par conséquent, selon ce psychologue, la santé mentale du salarié est altérée lorsqu'il a un « *soutien social faible avec une demande forte et un contrôle faible* »⁷²¹.

Nous pouvons parler d'« *effets secondaires* » ou d'« *effets indirects* » des NTIC sur la santé du salarié.

De ce fait, nous pouvons nous demander quels sont les risques médicaux de ces NTIC ?

- Il y a tout d'abord des risques physiques : ayant une conséquence sur les troubles musculo-squelettiques⁷²²,
- mais aussi des risques psycho-sociaux⁷²³,

⁷¹⁹ L. Bishop, Visible et invisible work : the emerging post-industrial employment relation. Computer supported cooperative work : CSCW : An international Journal. 1999, 8, 1-2, p. 115-126

⁷²⁰ DARES, premières synthèses, n° 99-07, n° 27-1, Travail et charge mentale

⁷²¹ Étude des facteurs psycho-sociaux au travail du modèle de Karasek dans l'enquête SUMER, DARES (août 2006)

⁷²² Enquête sur la surveillance médicale des risques professionnels : www.travail-solidarite.gouv.fr (rubrique études/recherches/statistiques de la DARES)

⁷²³ P. Nasse et P. Légeron, rapport sur la détermination, la mesure et le suivi des risques psycho-sociaux au travail : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/ezproxy.u-pec.fr/var/storage/rapports-publics/084000156/0000.pdf> (consulté en juillet 2013)

- puis des risques physiques : le fait que certains salariés consomment des substances psychotropes à des fins de « *distanciation, de performance accrue ou de sédation* »,
- ceux-ci connaissent des troubles cardiovasculaires.

Au sujet des risques psycho-sociaux, ces derniers font surface lorsque le salarié est soumis à une grande quantité de stress, mais aussi à des « *violences internes* »⁷²⁴ comme le harcèlement moral ou sexuel (expliqué dans les chapitres précédents).

La santé physique et mentale des salariés en est atteinte.

De ce fait, de nombreux accords ont été mis en place afin de lutter contre ces facteurs de RPS, à savoir la conclusion le 2 juillet 2008 d'un accord national interprofessionnel sur le stress au travail étendu le 23 avril 2009⁷²⁵. De plus, le harcèlement au travail situé à l'article L 1151-1 et suivants du Code du travail, fait l'objet de nombreuses discussions auprès des partenaires sociaux⁷²⁶.

Les NTIC sont donc un facteur reconnu de risques psycho-sociaux et de stress.

Même si les NTIC « *facilitent* » et « *accélèrent* » le travail des salariés, les conditions de travail du salarié s'en trouvent « *dégradées* »⁷²⁷.

C'est d'ailleurs le Conseil économique, social et environnemental qui affirme que le NTIC sont une « *cause interne à l'entreprise* »⁷²⁸.

Un auteur parle des risques psycho sociaux comme « *une nouvelle catégorie de risques associés aux phénomènes de transformation du travail, liés à l'intensification, la précarisation, aux nouvelles organisations d'entreprise et à l'introduction des nouvelles technologies (...)* »⁷²⁹.

⁷²⁴ Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social

⁷²⁵ P.-Y. Verkindt, L'ANI du 2 juillet 2008 sur le stress au travail : entre lumière et ombre : [JCP S 2008, act. 483](#). – M. Véricel, Stress au travail : conclusion d'un accord national interprofessionnel : RDT 2008, p. 751. – L. Lerouge, Le stress au travail, objet d'un ANI : Semaine sociale Lamy 2008, n° 1365, p. 2. – F. Pelletier et I. Sauvegrain, Accord sur le stress au travail... reste aux entreprises à se l'approprier : [JCP S 2008, act. 484](#). – Des mêmes auteurs, Le stress au travail : comment négocier un accord d'entreprise ? : [JCP S 2008, 1611](#). – B. Legros, La transposition de l'accord-cadre européen du 8 octobre 2004 sur le stress au travail : [JCP S 2009, 1280](#). – D. Jourdan, Accord de méthode sur la prévention du stress au travail : [JCP S 2010, 1126](#)

⁷²⁶ ANI 26 mars 2010 sur le harcèlement et les violences au travail étendu par [A. 23 juill. 2010 : Journal Officiel 31 Juillet 2010](#)

⁷²⁷ L'impact des TIC sur la santé au travail, Etude par Sophie FANTONI-QUINTON et Céline LEBORGNE-ENGELAERE, La semaine Juridique Social n° 48, 26 novembre 2013, 1452

⁷²⁸ S. Brunet, La prévention des risques psycho-sociaux, avis du Conseil économique et social, mai 2013 et avis sur les risques psychosociaux au travail adopté le 14 mai 2013 par le Conseil économique, social et environnemental.

⁷²⁹ L. Lerouge, Les risques psycho-sociaux au travail reconnus par le droit : le couple dignité-santé in Risques psycho-sociaux au travail. Étude comparée Espagne, France, Grèce, Italie, Portugal : L'Harmattan, 2009, p. 9

Le rapport GOLLAC évoque six facettes des risques psycho-sociaux⁷³⁰ :

- « *la mesure de l'intensité et du temps de travail,*
- *les exigences émotionnelles,*
- *l'autonomie,*
- *les rapports sociaux au travail,*
- *les conflits de valeurs et*
- *l'insécurité de la situation de travail ».*

637 L'évolution des NTIC a donc fait place au phénomène d' « *infobésité* », autrement dit de « *surcharge informationnelle* » qui devient pour les salariés un facteur de stress et donc de « *manque d'efficacité* ».

Une étude relative aux risques psycho-sociaux a révélé que « *l'instantanéité permise par les TIC mobiles peut conduire les individus à toucher de près l'assouvissement de leur désir d'ubiquité. Des phénomènes d'addiction aux TIC peuvent alors apparaître conduisant les sujets à produire des comportements de consultation compulsive de l'actualité de leur réseau médiatique* »⁷³¹.

Cette télé disponibilité des salariés a donc une influence sur leur vie privée mais en particulier leur vie personnelle et familiale. Les salariés ne pouvant plus instaurer de frontière nette et précise entre leur vie professionnelle et leur vie privée.

D'autres affirment que les TIC sont devenues des « *modalités de pouvoir et d'agression* »⁷³² en favorisant et facilitant les supérieurs hiérarchiques à envoyer leur directives via les courriels ou messages téléphoniques.

638 Les NTIC ont aussi permis la mise en œuvre du travail à domicile.

Malgré tous les avantages qu'il présente au niveau de la conciliation de la vie privée et professionnelle du salarié, il peut engendrer des conséquences sur la santé du salarié provenant de certains facteurs.

⁷³⁰ M. Gollac et M. Bodier, Mesurer les facteurs psycho-sociaux de risque au travail pour les maîtriser, Rapport du collège d'expertise sur le suivi des RPS au travail réuni à la demande du ministre du Travail et des affaires sociales, Paris, 2011

⁷³¹ C. Félio, Risques psycho-sociaux et TIC : discours de cadres, VIIe colloque international EUTIC, Bruxelles, nov. 2011.

⁷³² C. Félio, Risques psycho-sociaux et TIC : discours de cadres, VIIe colloque international EUTIC, Bruxelles, nov. 2011

Nous pouvons citer le fait que le travail à domicile induit un « isolement social accru », mais aussi une « *augmentation du stress si le salarié est confronté seul à des problèmes ou questions sans recours possible* ».

Au final les télé - travailleurs sont soumis aux mêmes risques que les travailleurs classiques⁷³³.

639 Par ailleurs, l'évolution des NTIC a engendré et accentué le problème du harcèlement au travail. De nombreux salariés ont saisi la justice à ce sujet ces dernières années.

Nous pouvons citer un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 23 mars 2011⁷³⁴ où un salarié s'estimait victime de pression constante suite à la réception de nombreux appels téléphoniques en dehors des temps de travail, à n'importe quelle heure du week-end ou de la nuit. Les juges ont estimé qu'il y avait bien un harcèlement en l'espèce.

Les juges ont reconnu un harcèlement aussi dans le cas d'un employeur qui abusait de la messagerie électronique, en effet, il envoyait près de trente-trois courriels par jour afin de faire accélérer le rythme de travail de son salarié⁷³⁵.

Quant au stress engendré par les NTIC, certains auteurs parlent d'un phénomène de « *technostress* ».

Afin de lutter contre cette problématique du stress au travail, l'ANI a mis en place des règles de bonnes conduites. Il s'agit principalement de mesures préventives.

De plus, en vertu de certaines dispositions législatives mais aussi jurisprudentielles, l'employeur se doit de prendre en considération la santé mentale et physique de ses salariés avant de prendre ses décisions.

L'article L 4121-1 du Code du travail précise que l'employeur doit prendre les « *mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* ». Il s'agit donc de son obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs.

Dès qu'un salarié est victime d'un trouble psychique lié à son travail, l'employeur a failli à son obligation de sécurité de résultat et s'en trouve responsable.

Il est donc nécessaire d'élaborer des mesures de préventions à l'encontre de ce système du « *technostress* ».

⁷³³ C. Neveu et S. Triopon, Télétravail à domicile, étude menée par le Pôle Actions Transversales – CARSAT Nord-Picardie, juill. 2012

⁷³⁴ Cass. soc., 23 mars 2011, n° 08-45.140

⁷³⁵ Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 09-41.495 : [JurisData n° 2010-016611](#) ; [JCP S 2010, 1441](#), note C. Puigelier

En effet, le Conseil économique, social et environnemental a insisté sur ce besoin de « *promouvoir le bon usage des TIC* » dans un avis du 14 mai 2013⁷³⁶.

La première mesure à instaurer est l'élaboration d'une « *charte d'usage des TIC* ».

La Cour de cassation préconise d'ailleurs d'intégrer cette charte dans le règlement intérieur afin qu'il soit opposable au salarié⁷³⁷.

Avant cela, il est conseillé à l'employeur de respecter la vie privée de ses salariés lorsqu'il prend des décisions.

640 En outre, afin de lutter contre les risques psycho sociaux, il est préconisé à l'employeur d'informer ses salariés et ses représentants du personnel à ce sujet, d'une part, mais aussi de réaliser des formations pour les acteurs relatifs à la protection de la santé physique et mentale des salariés.

Plusieurs mesures peuvent être mises en place, à savoir :

- « des observatoires des risques psycho sociaux,
- des commissions de prévention,
- des commissions de qualité de vie au travail,
- un « droit à la déconnexion » des messageries et téléphones portables hors temps de travail... »⁷³⁸.

Les conséquences sur la santé physique et mentale des salariés peut résulter du phénomène du burn out (B), favorisé par l'avènement des NTIC.

⁷³⁶ S. Brunet, La prévention des risques psycho-sociaux

⁷³⁷ Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 09-42.691 : « *La cour d'appel, qui a relevé que l'utilisation de sa messagerie pour la réception et l'envoi de documents à caractère pornographique et la conservation sur son disque dur d'un nombre conséquent de tels fichiers constituaient un manquement délibéré et répété du salarié à l'interdiction posée par la charte informatique mise en place dans l'entreprise et intégrée au règlement intérieur, a pu en déduire que ces agissements, susceptibles pour certains de revêtir une qualification pénale, étaient constitutifs d'une faute grave et justifiaient le licenciement immédiat de l'intéressé* »

⁷³⁸ Le Lamy santé sécurité au travail, Négociation de la prévention des risques psychosociaux et sur la qualité de vie au travail

B. Le burn out

641 Le burn out est défini comme « *le syndrome d'épuisement professionnel, à savoir un état complet d'épuisement physique et mental, le stade ultime de la dépression* »⁷³⁹.

La Cour d'appel de Bordeaux affirme que les souffrances au travail sont à l'origine de la détérioration de la santé de la salariée en question⁷⁴⁰.

Quant à la Cour d'appel de Toulouse, celle-ci considère que cette maladie est relative aux « *mauvaises conditions de travail imposées aux salariés* »⁷⁴¹.

Enfin, la Cour d'appel de Paris a même accédé à la demande d'un salarié de remboursement de ses frais de psychologue de 1 285,50 euros consécutif au burn out qu'il a subi au travail⁷⁴².

Le harcèlement au travail est à l'origine du burn out.

Le comportement insistant et récurrent d'un employeur ou d'un supérieur hiérarchique constitue des violences morales et psychologiques à l'égard du salarié, qui lui permet de rompre son contrat de travail et d'en imputer la rupture à l'employeur. Ladite rupture sera requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse⁷⁴³.

642 L'employeur a donc l'obligation de prendre les dispositions nécessaires afin de protéger le salarié victime de violence au travail.

A ce titre, le licenciement d'une salariée victime d'un burn out a été annulé.

En effet, celle-ci subissait une surcharge de travail, des pressions et reproches répétés à longueur de journée, ce qui a entraîné une dégradation de ses conditions de travail et de ce fait, un burn out⁷⁴⁴.

Une longue controverse existait sur la qualification du burn out en tant que maladie professionnelle.

Il faut savoir qu'en date du 24 juin 2015, lors de la première lecture du projet de loi relatif au dialogue social à l'emploi, le sénat a retiré le burn out de la liste des maladies professionnelles.

Une deuxième lecture en date du 7 juillet 2015 va apporter de nouveaux éléments, en affirmant que :

⁷³⁹ Définition de Maître Eric ROCHEBLAVE

⁷⁴⁰ Cour d'Appel de Bordeaux, 10 novembre 2011 n° 10/06357

⁷⁴¹ Cour d'Appel de Toulouse, 15 avril 2011, n° 09/03852

⁷⁴² Cour d'Appel de Paris, 27 juin 2012 n° 11/10514

⁷⁴³ Interview Maître Eric ROCHEBLAVE

⁷⁴⁴ Cour d'Appel de Grenoble, 7 mars 2012 n° 11/01143

- « *les pathologies psychiques peuvent être reconnues comme maladie d'origine professionnelle* ».

Cette disposition ne désigne pas le « burn out » mais nous pouvons y voir une opportunité de le faire reconnaître comme maladie professionnelle ; et rajoute

- qu'un rapport « *sur l'intégration des affections psychiques dans le tableau des maladies professionnelles* » sera remis « *avant le 1^{er} juin 2016* ».

643 Enfin, la LOI n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi a rajouté un nouvel et dernier alinéa à l'article L.461-1 du Code de la sécurité sociale :

« *Les pathologies psychiques peuvent être reconnues comme maladies d'origine professionnelle, dans les conditions prévues aux quatrième et avant-dernier alinéas du présent article. Les modalités spécifiques de traitement de ces dossiers sont fixées par voie réglementaire* ».

Toutes les maladies psychiques qui ne figurent pas dans le tableau des maladies professionnelles comme le burn-out, la dépression, le stress, l'anxiété, sont dorénavant considérées comme des maladies professionnelles. Pour cela, elles doivent provenir de leur travail entraînant une « *incapacité permanente d'un taux évalué dans les conditions mentionnées à l'article L 434-2 du Code de la sécurité sociale et au moins égal à un pourcentage déterminé* ».

Ledit taux d'incapacité est fixé par « *voie règlementaire* »⁷⁴⁵.

Ce nouveau statut accordé au burn out permet aux salariés victimes de burn-out de solliciter un « *traitement particulier* ».

L'avènement des NTIC a favorisé l'apparition d'un nouveau procédé, à savoir celui du BYOD (« Bring Your Own Device ») (§2).

⁷⁴⁵ <http://rocheblave.com/avocats/pathologies-psychiques/> actualités Maître Eric Rocheblave, avocat spécialiste en droit du travail

§2 : Un nouveau procédé en entreprise : Le BYOD (« Bring Your Own Device »)

644 Les smartphones, tablettes et autres outils technologiques font partie intégrante du quotidien du salarié. Leur utilisation peut permettre au salarié de se sentir mieux en entreprise : *« le bien-être des employés est lié, de manière plus ou moins artificielle, à la productivité de l'entreprise »*⁷⁴⁶.

Le BYOD permet aux salariés de travailler en entreprise avec leur propre matériel personnel. De ce fait, il est nécessaire en premier lieu d'étudier l'apparition de la notion du BYOD (A), qui engendrera une certaine controverse quant à la possibilité de l'employeur d'exercer un contrôle sur le matériel personnel du salarié (B).

A. L'apparition de la notion de BYOD

645Le terme BYOD, que l'on pourrait traduire en français par « **AVEC** » : Apportez Votre Equipement Personnel de Communication, est une pratique qui consiste à utiliser au travail son matériel personnel, notamment son ordinateur mais aussi son téléphone.

Une étude de la CNIL réalisée en 2001 précise que la majorité des français possédant un smartphone en font un usage personnel mais aussi professionnel.

(« 44% des possesseurs français de smartphones en font une utilisation « exclusivement personnelle »)

Par soucis de facilité, la plupart des salariés utilisent leur téléphone personnel pour le travail, alors même que l'employeur leur met à disposition des téléphones professionnels.

Certaines entreprises sont enthousiasmées par ce phénomène et l'ont adopté car elles considèrent qu'une utilisation de son matériel personnel par le salarié, (à savoir un matériel qu'il maîtrise parfaitement) génère une plus grande productivité pour l'entreprise, alors que d'autres s'en méfient, par soucis sans doute de ne plus pouvoir contrôler son salarié via le système informatique.

La problématique de ce nouveau système reste la même à savoir la disparition de la frontière entre la vie privée du salarié et sa vie professionnelle.

⁷⁴⁶ Le salarié connecté, veille par Florence MEURIS

646 Certains avantages peuvent ressortir de ce système, à savoir :

- un salarié peut posséder un ordinateur ou un téléphone portable dernier cri, ce qui est susceptible d'être utile pour l'entreprise. D'autant que le matériel personnel du salarié peut parfois s'avérer plus sophistiqué et performant que le matériel d'entreprise.

Les salariés se retrouvent joignables même en dehors de ses heures de travail.

Pour Jean-François FUNKE, cette « *disponibilité technique* », permet à l'employeur de contacter le salarié en cas d'urgence.

Il rajoute que cela permet de « *favoriser la productivité* ». En effet, un salarié pourra s'il le souhaite travailler en dehors de ses heures de travail.

Mais aussi certains inconvénients comme :

- pour les entreprises, de voir requalifier le travail personnel en « *heures supplémentaires* » (particulièrement pour les cadres).

Cette conséquence est relative car cette requalification peut être un avantage pour le salarié qui voit son salaire augmenter.

- le salarié peut se trouver envahi par des messages professionnels alors qu'il est chez lui.

Jean-François FUNKE qualifie cette conséquence d' « **harcèlement numérique** » susceptible d'amoindrir voir de réduire à néant le droit au repos du salarié qui figure dans le préambule de la Constitution de 1946 (alinéa 11).

- l'entreprise encourt un plus gros risque au niveau de sa **sécurité informatique**.

En effet, comme elle ne restreint pas l'accès à internet sur l'ordinateur personnel du salarié, un virus est vite arriver et pourra endommager le système informatique de l'entreprise.

Isabelle RENARD (avocate) précise que « *les malware qui menacent les systèmes d'information des entreprises sont la plupart du temps introduits et propagés dans les systèmes par leurs utilisateurs légitimes à leur insu, suite à une navigation internet ou à un téléchargement inapproprié infectant leur poste puis, par propagation, le reste du système d'information* ».

Elle rajoute que ces malware peuvent provenir de « *groupe organisés* » qui, en s'attaquant aux entreprises représentant des secteurs essentiels (énergie, transport, télécom ou banque) atteignent l'économie du pays en prenant le contrôle de leur système d'information⁷⁴⁷.

⁷⁴⁷ Doctrine Social Intérêt de l'entreprise / protection des salariés : un combat d'arrière-garde, Expertises février 2015

Cependant, il existe un logiciel utilisé par certains employeurs permettant de réduire ce risque de sécurité informatique en « *scindant en deux parties un smartphone, avec une partie privée et une partie professionnelle, afin de le sécuriser* ».

- mais aussi de la **sécurité des données confidentielles**, il y a plus de chances pour que le salarié révèle des informations confidentielles sur l'entreprise, en publiant une photo professionnelle sur les réseaux sociaux par exemple.

Ou en cas de perte ou de vol de son téléphone ou de son ordinateur personnel.

647 Par ailleurs, l'ANSSI (Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'Information), estime qu' « *un terminal personnel ne peut être dédié à un usage professionnel* ».

Cependant, elle a tout même réalisé un « *guide* » pour les salariés qui utilisent leurs outils personnels en déplacement professionnel, afin de les « *sensibiliser aux risques de vol, de prise de contrôle ou de détournement d'informations* ».

Dans ce sens, une procédure se doit d'être respectée afin de mettre en œuvre le système du BYOD au sein de l'entreprise :

La première étape consiste à référencer son matériel personnel en ligne sur l'intranet de l'entreprise,

Puis il signe la charte informatique de l'entreprise,

Ensuite, il est nécessaire de transférer le matériel en question au MDM (Mobile Device Management) : ce service est mis en place pour renforcer la sécurité du matériel personnel du salarié (il peut rajouter un code PIN, effacer le contenu du téléphone lors d'un vol... etc).

648 Il est évident que le matériel personnel d'un salarié est générateur de plus grands risques qu'un matériel strictement professionnel.

Par conséquent, il se peut que l'employeur élabore des systèmes « *trop intrusifs* » qui s'immiscent d'autant plus dans la vie privée du salarié. Le contrôle de l'employeur doit faire l'objet de limites. Etant donné qu'il s'agit d'un matériel personnel, les données personnelles du salarié doivent être protégées du contrôle de l'employeur.

Il est donc nécessaire de créer des « *compartiments hermétiques au sein du même terminal* », afin de cantonner le contrôle du salarié à ses activités strictement professionnelles.

Certaines grandes entreprises ont déjà mis en œuvre ce système, telles Thalès, Good Technologie, ainsi que la start-up Divide (rachetée par Google en 2014).

Une start-up propose de rassembler toutes les données personnelles des salariés sur une « *plateforme unique* ».

De plus, les données relatives à l'activité physique des salariés peuvent être évaluées grâce à un « *bracelet* » ou un « *podomètre connecté* ».

Etant donnée que le salarié utilise son matériel personnel dans le cadre de ses fonctions professionnelles, l'employeur a – t – il le droit de surveiller et contrôler l'utilisation par les salariés dudit matériel en question (B) ?

B. Le contrôle de l'employeur sur le matériel personnel du salarié

649 Reprenons le principe posé par le fameux arrêt NIKON, à savoir le respect de la vie privée du salarié « *même au temps et au lieu de travail* » :

De ce fait, il peut faire une utilisation personnelle des outils informatiques et autres mis à sa disposition lors de sa journée de travail.

De plus, cet arrêt précise que « *l'employeur ne peut pas prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur* »⁷⁴⁸.

Cependant, comme il a été explicité dans le paragraphe précédent, l'employeur peut exercer son droit de surveillance et de contrôle concernant les fichiers non identifiés comme « *personnel* » avec le principe de la présomption de professionnalité.

La jurisprudence a élargi cette présomption à certains « *objets tiers* » comme la clef USB.

En effet une clef USB « *sans dénomination particulière et connectée à un équipement professionnel est présumée avoir un caractère professionnel : l'employeur peut y avoir accès même hors la présence du salarié* »⁷⁴⁹.

650 Mais qu'en est-il de son matériel personnel ? Peut-il faire l'objet de contrôle au même titre que la clef USB ?

⁷⁴⁸ Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942 : [JurisData n° 2001-011137](#) ; Bull. civ. 2001, V, n° 291

⁷⁴⁹ Cass. soc., 12 févr. 2013, n° 11-28.649 : [JurisData n° 2013-002073](#) ; Bull. civ. 2013, V, n° 34 ; [JCP S 2013, 1217](#), note B. Bossu

Plusieurs arguments défendent la thèse du non contrôle de l'employeur :

Tout d'abord, ces outils « *fonctionnent de manière totalement indépendante de l'infrastructure de l'entreprise* »,

De plus, ils « *portent la marque de l'identité de leurs propriétaire* », toute confusion avec le matériel professionnel en est impossible, ils peuvent par exemple contenir des photos personnelles sur leur écran d'accueil. Les pouvoirs de surveillance et de contrôle de l'employeur ne peuvent donc s'exercer les concernant.

Quant au matériel informatique, nous pouvons nous demander si le fait qu'il soit connecté en permanence au réseau de l'entreprise, justifierait de le soumettre à une surveillance ou un contrôle de la part de l'employeur.

Cette question n'ayant jamais été soulevée, nous attendons des décisions de jurisprudence à ce sujet.

Comme nous l'avons évoqué précédemment, ces matériels personnels peuvent engendrer des risques pour la sécurité de l'entreprise (au niveau de son système informatique mais de la protection de données confidentielles).

De ce fait le Conseil d'Etat a publié une étude en 2014 intitulée « *Le numérique et les droits fondamentaux* » et prône une « **utilisation raisonnable** » du matériel personnel, ne devant pas avoir de « **répercussions particulières sur le travail** ».

651 D'autre part, certains auteurs pensent qu'il est nécessaire d'encadrer la pratique du « BYOD » en entreprise à l'aide de « **mesures de prévention des risques** ».

Nous avons mis en évidence le risque pour la sécurité informatique de l'entreprise, mais pas encore du « *facteur humain* » lié à cette nouvelle pratique.

Le fait pour un salarié d'utiliser son matériel personnel pour travailler diminue encore plus la frontière « *vie privée* » / « *vie professionnelle* ».

Le risque pour l'employeur de voir son salarié s'adonner des activités privées est présent.

Il est conseillé à l'employeur d'insérer une « *clause générale d'utilisation raisonnée et à bon escient* » du matériel personnel du salarié en entreprise.

Mais aussi de préciser les modalités de fonctionnement de cette pratique dans le règlement intérieur, une charte de bonne conduite.

En plus de son intérêt pour les « *chartes informatiques simples, courtes et directes* », Isabelle RENARD rajoute que les salariés se doivent d'être suffisamment « *conscients et disciplinés pour accepter et respecter des restrictions dans l'utilisation du système d'information* ».

652 Il est important de relever que le risque pour la santé morale et physique du salarié de ne pas décrocher de son travail est présent en ne sachant plus distinguer sa vie privée de sa vie professionnelle.

De ce fait d'autres entreprises encouragent la déconnexion afin d'améliorer la productivité des salariés en imposant une coupure de toute communication professionnelle à partir d'un horaire (par exemple de 20h à 8h du matin).

Dans cette optique, les partenaires sociaux (CFDT, CGC, CINOV, la fédération SYNTEC) ont signé un avenant en date du 1^{er} avril 2014, complétant l'accord du 19 février 2013 relatif à la santé et aux risques psychosociaux des salariés.

L'une des priorités de cet avenant est le « ***respect des durées minimales de repos*** » et l'instauration d'une « ***obligation de déconnexion des outils de communication à distance*** ».

Nous approfondirons ce point dans nos développements suivants.

Par ailleurs, il est aussi du devoir de la direction de l'entreprise mais aussi des représentants du personnel et en particulier le CHSCT d'informer mais aussi de former les salariés à la pratique de BYOD.

Les NTIC n'engendrent pas seulement des conséquences sur la santé du salarié (Sous-section 2).

Sous-section 2 : Les conséquences sur la vie privée du salarié

653 Les NTIC entraînent le fait que les salariés ne peuvent plus se déconnecter totalement de leur travail, même en dehors des temps et lieux de travail.

Même si de nombreux auteurs font référence au droit à la déconnexion, celui-ci est-il un objectif réalisable (§1) ? Existe-t-il d'autres mesures permettant d'accorder un certain repos aux salariés (§2) ?

§ 1 : Le droit à la déconnexion : un objectif réalisable ?

L'élaboration difficile d'un droit à la déconnexion (A), doit se fonder en partie sur une prise d'initiatives indispensable (B).

A. L'élaboration d'un droit à la déconnexion

654 Le juge s'est donc exprimé sur ce dépassement de limite et a affirmé qu'un salarié qui ne se rend pas disponible pour son employeur en dehors des temps de travail ne commet pas de faute⁷⁵⁰. De ce fait, il ne peut lui être opposé un licenciement disciplinaire.

Une quelconque **sanction reposant sur ce motif serait annulée**.

Sauf si le salarié est dans le cas d'une « astreinte » (a fortiori d'une astreinte-sécurité) où il a été prévu à l'avance qu'il se soumettait à la disponibilité de son employeur alors qu'il est chez lui.

L'article L 3121-5 du Code du travail définit l'astreinte comme « *une période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise. La durée de cette intervention est considérée comme un temps de travail effectif* ».

Le salarié est obligé d'être joignable mais pas de demeurer à domicile.

En vertu de cet article, la durée de cette intervention est considérée comme un temps de travail effectif. Il ne s'agit « *ni d'un temps de travail, ni d'un temps de repos* », J.E ERAY parle d'un « *troisième type de temps* »⁷⁵¹.

⁷⁵⁰ Cass. soc., 17 févr. 2004, n° 01-44.889, Il s'agissait en l'espèce d'un ambulancier ayant refusé de répondre à l'appel de son employeur sur son téléphone portable personnel pendant son temps de pause déjeuner

Le Code du travail dans son article L 3121-6 dispose que « (...) *la période d'astreinte est prise en compte pour le calcul de la durée minimale de repos quotidien prévue à l'article L 3131-1 et des durées de repos hebdomadaires (...)* » et rajoute dans son article L 3121-7 qu'elle est instaurée par convention ou accord collectif de travail.

655 A contrario, les salariés peuvent être sanctionnés s'ils utilisent le matériel professionnel pendant les heures de travail à des fins personnelles.

Dans un arrêt de la Cour d'appel du 10 juin 2002, une salariée avait été licenciée pour faute par son employeur car elle avait créé et géré 233 clients.

Celle-ci invoquait pour sa défense une « *violation de son droit à l'intimité de sa vie privée* » car elle aurait créé lesdits fichiers litigieux pendant ses « *seuls* » temps de pause.

Le licenciement de la salariée a été validé, constat d'huissier à l'appui, démontrant qu'il était impossible de réaliser ce travail seulement pendant les temps de pause⁷⁵².

La doctrine parle de l'élaboration d'un « *droit à la déconnexion* » qui se doit d'être reconnu et instauré par la loi, la jurisprudence, les conventions collectives⁷⁵³.

La Cour de justice des communautés européenne a rappelé le 9 septembre 2003 mais aussi dans d'autres affaires qui ont suivi, qu'il était essentiel de faire respecter les « *temps de repos quotidien et hebdomadaire* ». Il s'agit donc d'un objectif communautaire⁷⁵⁴.

De même pour la chambre sociale de la Cour de cassation⁷⁵⁵.

656 Il faut savoir que ce droit à la déconnexion, lié à un objectif d'équilibre entre la vie professionnelle et la vie personnelle du salarié, peut faire partie des négociations de « *qualité de vie au travail* » instauré par la loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.

Concernant le droit à la déconnexion, la Cour de cassation a rappelé que « *le salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à domicile ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail* »⁷⁵⁶.

⁷⁵¹ J.-E. Ray, Les astreintes, un temps du troisième type : Dr. soc. 1999, p. 250

⁷⁵² CA Bordeaux, ch. soc., 10 juin 2002 : [JurisData n° 2002-184292](#) ; Comm. com. électr. 2003, comm. 77, note A. Lepage

⁷⁵³ J.-E. Ray, De la sub/ordination à la sub/organisation : Dr. soc. 2002, p. 6

⁷⁵⁴ CJCE, 9 sept. 2003, aff. C-151/02, § 58 : Rec. CJCE 2003, I, p. 8389. – CJCE, 1er déc. 2005, aff. C-14/04 : Rec. CJCE 2005, I, p. 10253

⁷⁵⁵ [Cass. soc., 1er juill. 2009, n° 08-41.217](#), F-D

Elle proclame dans un arrêt relatif au droit à la santé et au repos du salarié, qu'il s'agit d'une exigence constitutionnelle mais aussi conventionnelle.

Dans ce sens, les Etats membres se doivent de prendre les mesures nécessaires afin que les employeurs respectent la durée légale du temps de travail⁷⁵⁷.

Si l'on suit le raisonnement des juges appuyé par l'Union européenne, le droit à la déconnexion des salariés serait une extension du droit au repos.

657 Dans ce sens, certains auteurs comme Patrick BOUVARD et Nicole TURBE-SUETENS parlent de ce système d'interdiction des mails à partir d'un certain horaire comme une « *infantilisation des salariés* », et qu'il serait plus judicieux de les responsabiliser sur le sujet⁷⁵⁸.

Ces auteurs préconisent d'informer et de former les acteurs en question sur ce sujet. Ils parlent d'une politique « *d'éducation* » et non de « *punition* ».

Cependant, ce droit à la déconnexion n'est pas réalisable dans certains cas : firmes multinationales qui doivent s'adapter au problème du décalage horaire, un système de messagerie qui se bloque suite à la réception de nombreux messages pendant les congés du salarié par exemple, qui lui provoquerait la montée d'un certain stress, un salarié qui quitte le travail plus tôt pour des raisons personnelles (récupérer les enfants à l'école) pourrait rattraper son travail le soir⁷⁵⁹.

658 De ce fait, il serait sûrement plus réaliste de mettre en place un droit à la déconnexion adapté à la situation de l'entreprise, plutôt que de stopper à partir d'une certaine heure la réception de messages du salarié.

Cela suppose donc l'élaboration d'un dialogue entre le salarié et son employeur.

D'un côté, l'évolution des NTIC permet aujourd'hui de pouvoir calculer facilement les heures de travail du salarié. En effet, certaines entreprises (par exemple l'assureur mondial AXA) mettent en place des systèmes de « *pointage* » à l'aide d'une « *badgeuse* » où les salariés

⁷⁵⁶ Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.727 : JurisData n° 2001-011136 ; Bull. civ. 2001, V, n° 292 ; [JCP G 2002, II, 10035](#), note D. Corrigan-Carsin

⁷⁵⁷ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 : JurisData n° 2011-012756 ; [JCP S 2011, 1333](#), étude M. Morand.- Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 11-28.398 : JurisData n° 2013-007954 ; [JCP S 2013, 1240](#), note M. Morand.

⁷⁵⁸ Le droit à la déconnexion une utopie sans futur, Patrick BOUVARD et Nicole TURBE-SUETENS

⁷⁵⁹ L'impact des TIC sur la santé au travail, Etude par Sophie FANTONI-QUINTON et Céline LEBORGNE-ENGELAERE, La semaine Juridique Social n° 48, 26 novembre 2013, 1452

vont « *badger* » en arrivant le matin, en partant le soir et pendant leur temps de pause déjeuner.

D'un autre côté, cette évolution permet de rendre le salarié totalement disponible, y compris de son propre chef. Nombre de salariées prennent le soin de « prendre de l'avance » en avançant sur un dossier le soir et le week-end.

De ce fait, le temps de travail effectif devient difficile à évaluer.

Il serait d'ailleurs préférable pour le salarié de pouvoir transformer lesdites heures en heures supplémentaires.

L'élaboration d'un droit à la déconnexion doit se fonder sur une prise indispensable d'initiatives de la part des entreprises (B).

B. Une prise d'initiatives indispensable

659 Il est nécessaire de se pencher en premier lieu sur l'exemple de la branche des sociétés d'ingénierie, de conseil et des bureaux d'études : SYNTEC et CINOV.

En date du 1^{er} avril 2014, la branche des sociétés d'ingénierie, de conseil et des bureaux d'études (Syntec et Cinov) a signé avec la CFDT et la CGC un avenant sur l'accord relatif aux forfaits jours afin d'instaurer une « ***obligation de déconnexion des outils de communication à distance*** ». En effet, les négociateurs de branche ont instauré cet accord car ils ont constaté qu'il n'était plus possible d'imposer à un salarié de travailler de façon non contrôlée, non soutenue, sans se poser la question de la sécurité et de la santé.

L'objectif de cet accord est d'assurer le plus grand respect des durées minimales de repos quotidien et hebdomadaire instaurées par la législation française et européenne⁷⁶⁰.

Un salarié de la branche SYNTEC CINOV ne peut effectuer plus de 13h de travail par jour (article 4.8.1 de l'accord), et c'est dans ce cas précis qu'en vertu du respect de son droit au repos qu'une obligation de déconnexion des outils de communication à distance s'impose (« *l'effectivité du respect par le salarié de ces durées minimales de repos implique pour ce dernier une obligation de déconnexion des outils de communication à distance* »).

Cette mesure qui ne concerne que les cadres de la branche SYNTEC CINOV soumis au forfait jour, a pour but de protéger les salariés d'abus éventuels de la part de l'employeur.

⁷⁶⁰ http://www.lesechos.fr/07/04/2014/LesEchos/21663-018-ECH_syntec-reconnait-le-droit-des-cadres-a-la-deconnexion.htm#TObA4DTYTzrIuSab.99

La relativité de cette protection doit être observée, car il s'agit d'une obligation qui pèse sur le salarié et non sur l'employeur qui se doit seulement de veiller au respect du repos quotidien et hebdomadaire minimum du cadre.

Il est important de relever que l'employeur doit permettre aux salariés de « se déconnecter des outils de communication à distance mis à sa disposition ».

Cet accord n'interdit en rien les salariés à travailleur de chez eux de leur propre initiative.

660 A ce sujet, certains auteurs pensent que ce droit à la déconnexion instauré pour les cadres est un frein à leur mission première de participer au management et à la direction de l'entreprise.

Selon ces auteurs, ces cadres se doivent d'être joints en dehors des temps et lieux de travail pour mener le mieux possible leur mission.

Notons qu'un système similaire a été mis en place aux Etats-Unis, en effet « *plusieurs grandes banques comme Bank of America, Goldman Sachs ou JP Morgan Chase ont aussi mis en place des règles pour encourager les plus jeunes à se déconnecter pendant les week-ends* »⁷⁶¹.

Quant à l'Allemagne, celle – ci a aussi mis en place un système de protection de la vie privée des salariés, en particulier des cadres afin d'éviter de recevoir des messages en dehors de leurs heures de travail.

Cette initiative fait suite aux constatations d'un rapport composé de 23 études internationales commandé par l'Office allemande pour la sécurité et la santé au travail précisant que « *Plus le travail empiète sur la sphère privée, plus les salariés font état de stress, de burn-out et d'incapacité à déconnecter* ».

Cette étude met l'accent sur le risque d'une connexion permanente lors du travail à domicile, ce qui peut impacter sur la santé des salariés.

661 Il est donc nécessaire en second lieu de se pencher sur les initiatives prises par les groupes allemands.

Le constructeur automobile Volkswagen a mis en place en 2012 une interruption quotidienne de réception d'emails sur les téléphones professionnels.

En effet, « *les serveurs de l'entreprise ne dirigent plus les courriels vers les smartphones entre 18h15 et 07h00* ».

⁷⁶¹ Article du Wall Street Journal

La direction des ressources humaines de leur concurrent direct BMW considère que ce système « *limite les avantages du travail flexible* »⁷⁶².

En effet, les salariés de ce groupe qui réalisent certaines tâches en dehors des heures et lieux de travail peuvent voir leurs heures requalifiées en heures supplémentaires.

Ils ont donc élaboré un système de prise en compte des heures effectuées par les salariés en dehors de leur lieu de travail via les TIC.

Jochen FREY affirme que « *Cela suppose de la confiance et un **dialogue** entre les salariés et leurs responsables* ».

Un dernier exemple d'initiatives élaborées par une entreprise allemande nécessite d'être cité.

Le constructeur Mercedes-Benz a instauré un « *assistant d'absence* » qui supprime les courriels de la boîte électronique des salariés qui le désirent lorsqu'ils sont en congés.

Par conséquent, le secteur de la téléphonie allemande (Deutsche Telekom) et française (Orange) ont conclu un accord afin de s'engager à ne pas exiger de leur salarié une disponibilité permanente.

La responsable d'un syndicat allemand a d'ailleurs souligné qu'« *Avec l'augmentation de l'utilisation des appareils électroniques par les salariés, une réglementation devient nécessaire* ».

Enfin, le ministère allemand du Travail a décidé fin août 2013 d'adopter des règles écrites afin de protéger les salariés des courriels et autres messages pendant leur temps de repos.

662 Par conséquent, plusieurs directeurs d'entreprises françaises constatent les répercussions de cette connexion permanente. Certains affirment que « *le droit à la déconnexion est une réponse pertinente pour protéger des salariés face aux risques associés à certains comportements* »⁷⁶³, d'autant plus qu'une « *prise de conscience [se faire sentir] du fait que les relations au travail se dégradent que cela génère beaucoup de situations d'épuisement ou de stress* »⁷⁶⁴.

Certaines études réalisées aux Etats-Unis révèlent que le syndrome du burn out est lié à ce phénomène d'hyper connexion.

Certains managers évoquent le don de matériel professionnel en entreprise comme un « *cadeau empoisonné* ».

⁷⁶² Déclaration à l'AFP de Jochen FRAY, porte-parole de la direction du personnel

⁷⁶³ Bruno Mettling, Directeur général adjoint en charge des ressources humaines d'Orange

⁷⁶⁴ Rémy Oudghiri, directeur du département tendances et prospective chez Ipsos et auteur de *Déconnectez-vous* (Arlea, mars 2013)

L'APEC a réalisé une étude le 3 décembre 2014 révélant que la connexion permanente des salariés engendre :

- une augmentation de leur charge de travail (72%),
- une dégradation de la qualité de leur vie privée (60%),
- 89% des managers estiment que les *smartphones* de fonction les incitent à travailler hors de l'entreprise
- seuls un quart d'entre eux réussissent à couper le lien avec le travail en se déconnectant.

Ce sont les managers qui sont le plus touché par ce problème d'hyper connexion.

663 En somme, les entreprises se doivent de veiller au respect du droit à la déconnexion en vertu des règles du droit au repos quotidien et hebdomadaire des salariés. Certaines entreprises commencent par rédiger des notes internes instaurant ce droit à la déconnexion. De même pour les chartes informatiques.

D'autres mesures peuvent être adoptées afin d'atténuer lesdites conséquences sur la vie privée du salarié (§2).

§2 : L'adoption de nouvelles mesures

664 Des nouvelles mesures font leur apparition en entreprise afin d'atténuer le phénomène des NTIC en entreprise sur les conséquences qu'elles peuvent avoir sur le respect de la vie privée des salariés.

Nous allons étudier le système de la déconnexion des salariés, en effet, certaines entreprises permettent aux salariés de se déconnecter totalement de leur travail en dehors des horaires de travail, en élaborant des règles de déconnexions au matériel professionnel.

665 Il est nécessaire de préciser que les « *élites* », personnel encadrant d'une entreprise, sont dans le déni et n'ont pas envie que l'entreprise prenne des mesures en faveur de la déconnexion.

D'autres entreprises prennent des positions massives.

Dans les grands groupes, la génération des jeunes salariés affirment que la totale déconnexion en dehors des horaires de travail n'était pas « *totalement possibles* ».

Citons le patron de la grande entreprise : Général Electric : il s'agit du patron « *le plus admiré au monde* » car il possède une certaine humilité, celle de rester au contact des autres et de connaître ses limites, même s'il a une vision pyramidale de la société

Il précise qu' « *internet est compliqué* » pour lui, il a demandé à des jeunes personnes brillantes en informatique de :

- former les grands dirigeants à internet, à raison de trois heures par semaine,
- puis il a missionné un homme : Camille FARAT, brillant, qui a imaginé des groupes de travail avec des personnes âgées et des personnes jeunes : « *destroy your business.com* », ils ont imaginé comment ils allaient détruire la société et comment ils allaient la reconstruire, ensemble avec les idées des anciens et des nouveaux, ils vont imaginer comment la société va pouvoir prendre ce « *virage* » d'internet⁷⁶⁵.

Certaines entreprises françaises vont donc élaborer une politique considérée comme « *plus réaliste* », à savoir une politique de « *gestion* » de la déconnexion (A), qui serait susceptible d'engendrer une modification du Code du travail (B).

A. Vers l'élaboration d'une politique plus réaliste en France : la « gestion » de la déconnexion

666 Nous pouvons parler tout d'abord du phénomène de **révolution numérique**, en effet, le développement du numérique permet de ré imaginer les rapports entre « *gouvernants* » et « *gouvernés* », cela remet en question les notions de pouvoir.

« *Internet a contrecarré l'ordre établi. Le pouvoir change de mains* ».

Selon une étude de Randstad, 43% des salariés estiment devoir rester joignables en vacances.

Nous pouvons alors nous demander s'il faut couper le portable professionnel lorsque l'on est en congés.

Même si en théorie, l'employeur doit s'abstenir de joindre son salarié pendant ses repos et congés, la pratique est totalement différente, **comment le salarié peut-il gérer l'intrusion de son employeur pendant son temps de repos ?**

⁷⁶⁵ <http://ladeconnexiondeselites.fr/> interview France culture, 5 mars 2015

667 Afin de répondre à cette question, le docteur Patrick LEGERON (psychiatre) émet un avis mitigé.

La séparation vie professionnelle / vie privée a évolué ces dernières années

Il existait avant une séparation totalement nette, puis l'avènement des NTIC a engendré une période de porosité.

La déconnexion est reconnue comme un droit des travailleurs, certaines conventions collectives obligent l'entreprise à la déconnexion

Le problème est que beaucoup d'activités, cadres, responsables d'entreprise ne permettent pas une totale déconnexion.

Il faut apprendre à « gérer » la déconnexion,

Garder le contact ne nécessite pas des interventions d'urgences, comme pour le personnel de la santé, dans ce cas là nous pouvons penser que « *tout peut attendre* »,

Il serait nécessaire d'établir des « *plages* » de connexion, par exemple de se connecter une heure le matin et une heure le soir,

Certains salariés sont des « *victimes consentantes* » du « *dépassement* » pendant leur congés ou repos de leur vie professionnelle sur leur vie privée.

Il est donc rassurant de montrer qu'on est important, qu'on n'est pas oublié, qu'on est indispensable à la société, le salarié peut être amené à se poser des questions sur l'importance qu'il a dans la société, il peut se sentir valorisé lorsqu'il est sollicité par son employeur (ou sa hiérarchie).

Ce phénomène est renforcé d'autant plus par la problématique de l' « *addiction* » à la connexion.

En l'occurrence, il est devenu assez compliqué pour les jeunes générations de préciser que l'on doit « *déconnecter* ».

« *Parler de la déconnexion à des jeunes générations revient à parler d'un temps préhistorique* ».

Les « plus anciens » salariés connaissaient ces périodes de déconnexion.

Il est important pour les jeunes générations de réaliser qu'elles ne doivent pas rentrer dans des phénomènes d'addiction.

668 Nous pouvons donc supposer qu'il serait nécessaire d'adopter une attitude intermédiaire en commençant par se déshabituer des smartphones pendant les vacances.

Nous ne pouvons à l'heure actuelle faire le « *procès de la connexion* », il est donc important d'établir des règles de connexion pour les salariés ayant des responsabilités dans l'entreprise

par exemple (le personnel encadrant), en informant même ses proches collaborateurs des heures pendant lesquelles nous serons joignables.

De plus, la déconnexion pendant les vacances doit se préparer avant les vacances, il faut être sur de faire table rase, de ne pas être encombrés par les activités qui vont refaire surface pendant les vacances.

Ou encore ne pas répondre immédiatement lorsque l'on est contactés par son travail, car le fait de répondre immédiatement peut montrer à l'employeur que l'on est totalement disponible.

Adopter le principe de se donner des plages sur lesquelles on répond et entre temps on ne répond pas, permet de donner un sens à la gestion du travail pendant les repos du salarié.

En effet, un cadre a le droit de se déconnecter totalement pendant son congé, mais il serait victime de conséquences lors de son retour de congés au travail, le docteur précise qu'il « *en paieraient les conséquences à son retour, plus tard dans son activité* ».

669 Dans ce sens, certaines conventions collectives dans certains secteurs d'activités ont reconnu le droit à la déconnexion, (ex : AREVA), ils ont contractualisé le fait que les salarié ont droit à la déconnexion pendant les congés.

D'autres entreprises coupent les serveurs pendant les temps de congés, il s'agit essentiellement d'entreprise « nord américaines » où le salarié ne peut pas se connecter sur ses mails car l'entreprise a coupé l'accès, soit le week-end, soit le soir, soit pendant les congés, modèles à réfléchir, afin de diminuer ce nouveau facteur puissant de stress : en terme de charges psychologiques que représentent ces nouvelles technologies :

- connexion permanente,
- sollicitation permanente,
- l' « *infobésité* », on est « *sur informés* »

Il s'agit d'une forme nouvelle de stress au travail qui ne diminue en aucun cas en France

670 Quant aux syndicats, ceux-ci revendiquent un droit total à la déconnexion, en particulier pour les entreprises soumises au « forfait jours » considéré comme un « insuffisamment protecteur vis-à-vis de la santé des salariés » (que ce soit le secteur de l'informatique à travers la branche Syntec-Cinov, mais aussi de la chimie, du BTP, ou encore des experts-comptables).

Par ailleurs, notons que même si la Cour de cassation affirme que le système de forfait-jours doit garantir « que l’amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l’intéressé », il en va différemment en pratique.

Nous pouvons nous poser la question légitime d’une nécessaire modification du Code du travail suite à l’apport des NTIC (B).

B. L’apport des NTIC : une nécessaire modification du Code du travail ?

671 Nous pouvons remarquer en premier lieu que le Code du travail n’est pas encore adapté à la modification du lieu de travail entraîné par les NTIC, en effet, de plus en plus de salariés travaillent à leur domicile mais aussi durant leur temps de trajet.

Il serait sûrement pertinent d’adapter le Code du travail aux NTIC, en prenant en compte ce phénomène de mutation du lieu de travail.

En effet, nous pouvons nous demander ce qu’il en est du lien de subordination employeur / salarié mis en œuvre par le Code du travail, pendant les heures de travail. Celui-ci se trouve donc élargi en dehors des heures de travail.

Lors d’une conférence de Presse UGICT-CGT, un intervenant a qualifié ces salariés de « *nomades* » et affirme donc que le « *nomadisme* » « *ne bénéficie d’aucun encadrement ni définition juridique* »⁷⁶⁶.

Il a été confirmé aussi pendant cette conférence de presse que « *75 % des cadres effectuent du ‘travail au noir’ via les NTIC* ».

Il devient essentiel de réussir à chiffrer le nombre d’heures du « *travail au noir* » en question, afin d’adopter de nouvelles mesures législatives dans ce sens.

L’absence de dispositions relatives aux NTIC dans le Code du travail commence à se faire sentir, en particulier à cause des répercussions négatives concernant le dépassement des heures de travail des cadres.

Il serait nécessaire d’adopter de nouvelles dispositions « *pour encadrer l’usage des TIC, pour faciliter le contrôle et limiter la fraude sur le temps de travail des salariés* »⁷⁶⁷.

⁷⁶⁶ Conférence de Presse UGICT-CGT- 4 septembre 2014

⁷⁶⁷ Conférence de Presse UGICT-CGT- 4 septembre 2014

672 Par ailleurs, le syndicat l'UGICT-CGT (Union générale des ingénieurs cadres et techniciens – Confédération générale du travail) a aussi apporté des recommandations quant au renouveau du Code du travail relatif à l'avènement des NTIC en entreprise.

Leurs mesures consistent à encadrer « *l'usage des TIC pour protéger le repos et la vie privée des salariés* ».

Avant de modifier le Code du travail, l'UGICT-CGT propose d'instituer une négociation obligatoire dans chaque entreprise sur l'utilisation des NTIC, afin de prévoir une « *bonne utilisation* » de ces outils numériques. Cela consisterait en envisageant des « *trêves de mails* », ainsi qu'une répartition de la charge de travail des salariés absents ou en congé.

Ce syndicat propose aussi une interdiction ferme du salarié d'être sollicité pendant ses temps de repos.

Dans ce sens, il serait nécessaire :

- d'ajouter dans le Code du travail, au niveau des dispositions relatives aux horaires quotidiens et hebdomadaires : l'interdiction de recevoir des directives ou autres mesures professionnelles en dehors de ces heures de travail ;
- d'instaurer une obligation d'adoption dans l'entreprise d'une « *trêve de mails* », afin de respecter les durées minimum de repos ;
- pour les salariés ne travaillant ni la nuit, ni le dimanche, d'instaurer une interdiction de sollicitation la nuit et le dimanche.

Il rajoute aussi une proposition d'augmentation de la durée minimale de repos quotidien, mais est-ce vraiment réalisable ?

L'employeur devra justifier, majorer ou compenser le travail de nuit ou le dimanche.

Et afin de se conformer à la réglementation européenne, il serait nécessaire d'ajouter une distinction du temps d'astreinte et du temps de repos.

En outre, le syndicat propose aussi d'instaurer des mesures pour garantir le décompte, la rémunération et / ou récupération de toutes les heures effectuées via les NTIC en dehors des temps et lieux de travail.

Pour cela, il serait nécessaire de présenter au Comité d'entreprise au moins une fois par an une « *évaluation du temps de travail de l'ensemble des salariés par Catégorie Socio-professionnelle et secteur* », et d'intégrer cette évaluation au bilan social.

Il est évident que cette évaluation du temps de travail prend en compte les heures effectuées via les NTIC en dehors des heures légales.

De plus, le syndicat propose de présenter un bilan au comité d'entreprise des données présentées au CHST et entretiens individuels sur la charge de travail⁷⁶⁸.

De nouvelles dispositions pour atténuer la sensation d'isolement des télétravailleurs pourraient être instaurées.

De nouvelles et nombreuses mesures de gouvernance d'entreprise seront mises en place afin d'assurer une politique de conciliation vie privée / vie professionnelle (Titre 2).

⁷⁶⁸ Conférence de Presse UGICT-CGT – 4 septembre 2014

Titre 2: La gouvernance d'entreprise : un pas vers l'élaboration d'une politique de conciliation vie privée / vie professionnelle du salarié

Afin d'élaborer une nouvelle politique de conciliation vie privée / vie professionnelle, de nouvelles solutions seront adoptées au niveau des temps de travail et de repos des salariés (Chapitre 1), ce qui va induire les entreprises à rechercher de nouveaux moyens (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Temps de travail et de repos : vers de nouvelles solutions

Une meilleure conciliation vie privée / vie professionnelle peut être adoptée par la consécration du droit au repos (Section 1), mais aussi du droit d'autonomie et du droit à la parentalité (Section 2).

Section 1 : Les horaires un facteur déterminant dans la consécration du droit au repos permettant une meilleure conciliation vie privée / vie professionnelle du salarié

673 La conciliation vie privée / vie professionnelle est un enjeu considérable pour le salarié.

En effet, 3,9 millions de salariés sont « *confrontés à la situation d'un enfant, d'un conjoint, d'un parent en situation de handicap, de perte d'autonomie ou de maladie* »⁷⁶⁹.

D'autant plus que ce chiffre ne cesse de croître avec la problématique du vieillissement de la population. De nombreuses tables rondes sont organisées à cet effet.

Nous allons voir en premier lieu le rôle essentiel des horaires de travail du salarié dans la conciliation vie privée et vie professionnelle (Sous-section 1), qui dans ce sens se doivent d'être adaptés (Sous-section 2).

⁷⁶⁹ « La conciliation famille et travail pour répondre à la diversité des besoins des salariés tout au long de la vie », UNAF (Union Nationale des Associations Familiales)

Sous-section 1 : Les horaires de travail du salarié : un rôle essentiel dans la conciliation de la vie privée et professionnelle du salarié

674 Selon une enquête réalisée par la DARES (la Direction de l'animation, de la recherche, des études et des statistiques est spécialisé sur la production de données statistiques sur le travail, l'emploi et la formation professionnelle), le temps de travail des salariés s'élève à 39,5 heures par semaine, ce qui est bien supérieur à la durée légale hebdomadaire de 35 heures.

L'étude révèle aussi que l'horaire hebdomadaire des cadres a évolué :

- il est passé de 42,6 heures à 44,1 heures de 2003 à 2011.
- 12,5 % des salariés sont en forfait- jours⁷⁷⁰, ceux-ci effectuent en moyenne 45 heures par jour.
- 55% des cadres estiment que leur temps de travail a augmenté⁷⁷¹,
- 42% des cadres disent travailler plus de 50 heures par semaine,
- 75% des cadres disent utiliser les nouvelles technologies pour leur usage professionnel sur leur temps personnel,
- 27% des cadres travaillent pendant leurs vacances,
- 45 % des techniciens constatent un débordement de la vie professionnelle sur la vie privée,
- 60% des techniciens constatent une intensification du travail généré par l'usage de TIC.

La constatation de ces chiffres a donc incité le syndicat de l'UGICT-CGT à porter plainte auprès du Comité Européen des Droits Sociaux (CEDS) en avril 2011 pour violation de la charte sociale européenne.

De ce fait, de nombreuses conventions de forfaits-jours ont été annulées, à savoir : BTP, SYNTEC, experts-comptables, industrie chimique, habillement, commerce de gros et aide à domicile en milieu rural.

Quant au travail de nuit, celui-ci augmente. A l'heure actuelle ce sont près de 3,5 millions de personnes, dont plus d'un million de femmes qui travaillent de nuit (un million de plus qu'il y a 20 ans).

⁷⁷⁰ <http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2013-047.pdf>

⁷⁷¹ DARES, 21 août 2014

Les salariés soumis aux horaires légaux « *traditionnels* » (§1) ont parfois du mal à réaliser une bonne conciliation vie privée / vie professionnelle, de ce fait certains travaillent sous le régime d'horaires atypiques (§2).

§1 : Les horaires légaux

Il est nécessaire d'approfondir en premier lieu la problématique relative à la durée légale du temps de travail (A), mais aussi celle relative au temps de repos (B).

A. La durée légale du temps de travail

675 Nous allons voir tout d'abord que la durée de travail légale est encadrée strictement.

En effet, les lois Aubry de 1998 et 2000 ont fixé la durée légale hebdomadaire à 35 heures⁷⁷², sauf en cas d'aménagement spécifique.

La loi prévoit deux aménagements pour la durée légale hebdomadaire :

La durée hebdomadaire maximale moyenne peut s'élever à quarante quatre heures et trente-neuf heures pour les apprentis et les salariés âgés de moins de dix-huit ans⁷⁷³.

Dans ce cas trois dérogations sont prévues :

- une dérogation nationale élaborée par le ministre chargé de l'emploi qui doit se prononcer sur la demande dérogatoire de l'employeur après avoir consulté les organisations syndicales des salariés et employeurs concernés ;
- une dérogation locale, départementale ou interdépartementale donnée par le directeur départemental du travail et de l'emploi qui décide d'accorder la dérogation après que l'organisation patronale concernée lui ait adressé une demande ;
- enfin une dérogation particulière demandée par un employeur qui adresse une demande motivée au directeur départemental du travail et de l'emploi, cette demande doit être accompagnée de l'avis du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel.

676 Quant à la durée hebdomadaire maximale absolue, celle-ci peut s'élever à quarante heures, sans pouvoir excéder soixante heures à titre exceptionnel.

⁷⁷² [Loi no 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail \(Loi dite loi Aubry I\)](#)

⁷⁷³ Articles L 3121-36, et L 3121-37, R 3124-24 et R 3121-28 du Code du travail

Pour cela, l'employeur doit obtenir l'avis du comité d'entreprise (ou représentants du personnel). La demande de dérogation est ensuite transmise à l'inspection du travail (articles L 3121-35 et L 3121-23 du Code du travail).

Un salarié qui refuse de travailler plus de six jours par semaine ne peut pas être sanctionné par l'employeur en vertu du respect du droit au repos hebdomadaire⁷⁷⁴.

677 Au sujet de la durée quotidienne de travail, celle – ci peut s'élever au maximum à dix heures et à huit heures pour les apprentis et les salariés de moins de dix-huit ans (article L 3121-34 du Code du travail).

Il existe aussi des dérogations relatives à la durée maximale de travail :

Des dérogations permanentes ou temporaires peuvent être élaborées après consultation des organisations d'employeurs des salariés concernés.

Ces dispositions dérogatoires ne peuvent être mises en œuvre si l'une des organisations syndicales, regroupant au moins 50 % des électeurs inscrits s'y oppose.

Une procédure spécifique est instaurée pour déroger à la règle des dix heures de travail quotidien :

- l'employeur doit adresser une demande de dépassement de la durée légale hebdomadaire de travail accompagnée de justificatifs et de l'avis des représentants du personnel à l'inspecteur du travail territorialement compétent qui sous quinze jours fera connaître sa réponse,
- le dépassement de la durée doit correspondre à des situations préalablement définies comme : un accroissement de travail relatif aux travaux saisonniers, un accroissement d'activité pendant certains jours de la semaine ou commande particulière (articles D 3121-15 et D 3121-16 du Code du travail),
- les pouvoirs publics admettent qu'en situation d'urgence, l'employeur est autorisé à déroger sous sa propre responsabilité à la durée quotidienne de travail.

Cependant, l'employeur doit présenter une demande de régularisation (a posteriori) auprès de l'inspecteur du travail territorialement compétent (article D 3121-17 du Code du travail).

Enfin, le maximum des dix heures quotidiennes peut être dépassé par voie conventionnelle ou réglementaire, à condition que ledit dépassement ne porte pas la durée de travail à plus de douze heures et qu'un syndicat n'ait pas utilisé son droit d'opposition.

Par conséquent, la conciliation entre la vie professionnelle et la vie privée étant difficile à obtenir, la loi a mis en place des horaires spécifiques.

⁷⁷⁴ Cass. soc. 16 janvier 2001 Elsbieciak

En effet, deux systèmes ont été instaurés par la loi : les horaires individualisés et les horaires de nuit.

C'est la raison pour laquelle, en parallèle à la durée légale du temps de travail, il est nécessaire d'approfondir le terme de la durée légale du temps de repos (B).

B. La durée légale du temps de repos

678 En premier lieu, au sujet du repos quotidien, en principe, tout salarié bénéficie d'un repos légal quotidien de onze heures consécutives, et de douze heures pour un apprenti, un jeune âgé de moins de dix-huit ans et au moins quatorze heures pour les jeunes de moins de seize ans.

L'article L 3121-33 du Code du travail impose à l'employeur de proposer à ses salariés une pause obligatoire de vingt minutes après six heures de travail consécutives, et pour les salariés âgés de moins de dix-huit ans, il s'agit d'une pause de trente minutes après quatre heures et demi de travail.

Précisons que des dispositions conventionnelles plus favorables peuvent toujours être élaborées.

Pour les entreprises dont leur activité est caractérisée par la continuité de service ou de travaux dangereux, une convention collective ou un accord collectif ou accord d'entreprise peuvent déroger à cette règle.

En effet, des accords collectifs d'entreprise ou d'établissement conclus après avis des représentants du personnel (et sans opposition des syndicats représentant plus de la moitié des salariés) peuvent restreindre la durée de repos quotidien du salarié lorsque des circonstances particulières et / ou exceptionnelles l'exigent :

- lorsque les activités de l'entreprise sont caractérisées par l'éloignement entre le domicile et le lieu de travail du salarié ou l'éloignement entre différents lieux de travail du salarié,
- lorsqu'il s'agit d'activités de garde, de surveillance et de permanence caractérisées par la nécessité d'assurer la protection des biens et des personnes,
- pour des activités caractérisées par la nécessité d'assurer la continuité de service ou de la production,
- pour des activités de manutention ou d'exploitation qui réalisent des prestations de transport,
- pour des activités qui s'exercent par période de travail fractionnées dans la journée,
- l'accroissement exceptionnel d'activité (article D 3121-1 et D 3121-2 du Code du travail).

Lorsqu'un accord collectif n'a pas été rédigé et signé à cet effet, l'employeur doit demander une dérogation particulière au directeur départemental du travail et de l'emploi (article D 3121-16 du Code du travail).

De plus, si l'employeur est soumis à une situation d'urgence particulière, il peut déroger, sous sa propre responsabilité à la limitation de la durée quotidienne de repos.

Il doit a posteriori adresser à l'inspecteur du travail une demande de régularisation accompagnée de justificatif (article D 3131-5 du Code du travail).

Les pouvoirs publics ont prévu certaines dispositions afin de protéger le salarié d'un abus de l'employeur, à savoir des périodes de repos d'une durée au moins équivalente à celle qui aurait dû être prise ou l'octroi de la contrepartie prévue par les accords collectifs (article D 3131-7 du Code du travail).

En outre, Il est prévu qu'un accord collectif ne peut prévoir une durée de repos quotidien inférieure à neuf heures consécutives (article D 3131-4 du Code du travail).

679 En second lieu, il est nécessaire d'approfondir le thème du repos hebdomadaire.

En principe, chaque salarié ne peut travailler plus de six jours par semaine. Tout repos hebdomadaire doit comprendre au moins vingt-quatre heures consécutives (article L 3132-1 du Code du travail).

Avec le repos quotidien cela fait trente-cinq heures consécutives de repos hebdomadaire.

Celui-ci est fixé le dimanche dans l'intérêt des salariés (article L 3132-3 du Code du travail)⁷⁷⁵.

Il est en effet possible de déroger à la fixation du repos hebdomadaire le dimanche lorsque celui-ci résulterait de l'arrêt du travail une atteinte au fonctionnement normal de l'entreprise.

De plus, le préfet doit autoriser cette dérogation.

Notons aussi que le jour de repos peut être fixé un autre jour que le dimanche, du dimanche midi au lundi midi, le dimanche après – midi avec un repos compensateur d'une journée et par roulement du personnel (article L 3132-12 et -20 du Code du travail).

Le maire a quant à lui, aussi le pouvoir d'accorder une dérogation au repos dominical pour chaque commerce de détail dans la limite de neuf par an. Il est important de souligner à ce sujet que la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance l'activité et l'égalité des chances économiques dite loi Macron, prévoit d'augmenter le nombre des « *dimanches du maire* », qui de neuf à l'heure actuelle vont passer à douze en 2016.

⁷⁷⁵ Cass soc. 26 février 2003 Luchart c/ Sté Nortene Technologies

C'est sans compter les dérogations permanentes des « commerces de bouche » qui mettent en place un repos par roulement (article L 3132-26 et L 3132-27 du Code du travail).

680 Par ailleurs, certains critères précis doivent être respectés lorsqu'il s'agit de suspendre ou de reporter le repos dominical sur un autre jour de la semaine (article L 3132-5 à L 3132-11 du Code du travail) :

- le caractère de grande utilité et de première nécessité des produits,
- la réalisation de travaux urgents,
- la typologie de la clientèle par rapport à une situation géographique particulière,
- la prise en compte de motifs conjoncturels,
- l'impossibilité de reporter la clientèle de fin de semaine sur un autre jour,
- la possibilité de faire travailler des personnes volontaires dans le cadre d'une autorisation spéciale et dérogatoire au repos hebdomadaire⁷⁷⁶.

681 Aussi, il existe une dérogation au principe du repos dominical concernant les zones touristiques et thermales, ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires (articles L 3132-25, L 3132-25-1 et L 3132-25-6 du Code du travail).

De ce fait, pour les commerces de ventes au détail non alimentaires situés dans les zones touristiques ou thermales, ceux-ci n'ont pas besoin d'obtenir une autorisation préalable pour travailler le dimanche.

Pour les commerces qui ont une activité particulièrement importante le dimanche, les pouvoirs publics ont créé un PUCE (périmètre d'usage de consommation exceptionnelle).

682 Enfin, pour les établissements qui souhaitent recourir au travail le dimanche, ils devront obtenir une autorisation administrative à deux conditions :

La durée de validité de l'autorisation ne peut dépasser cinq ans et des contreparties doivent être prévues pour les salariés.

Ladite loi Macron pousse quatre millions de salariés, dont une majorité de femmes, à travailler à des horaires les privant d'une réelle vie sociale et familiale. Une enquête du ministère du travail de 2013 affirme que les conditions de travail sont plus difficiles pour les salariés qui travaillent la nuit. Les contraintes sont plus fortes, il sont plus anxieux, plus

⁷⁷⁶ Cass. soc. 12 novembre 2002 Sté glé c/ Syndicat CFDT des banques de Rouen et de sa région

souvent confrontés à des personnes en détresse, à des tensions, des agressions. Ceci est nuisible à l'hygiène de vie car contraire aux rythmes naturels de la vie. Cela pousse en outre à la destruction de la cellule familiale et peut conduire à la solitude et à la dépression (santé physique et mentale des salariés).

Plusieurs conséquences sont relatives à la loi Macron:

Elle porte atteinte au "rôle éducatif" des parents, ce qui est susceptible d'engendrer une "désorganisation des familles", les familles se trouveraient désorganisées, le problème est susceptible d'être augmenté pour les familles monoparentales.

L'extension du travail dominical élaborée par cette loi risque d'accroître la problématique de conciliation vie privée / vie professionnelle du salarié.

Face à la difficulté pour certains salariés de concilier leur vie privée avec leur vie professionnelle, ceux-ci décident de travailler sous le régime des horaires atypiques (§2), avec l'accord de leur employeur.

§ 2 : Les horaires atypiques

Afin de réussir à mieux concilier vie privée et vie professionnelle, certains salariés travaillent de nuit (A), ou à temps partiel (B).

A. Le travail de nuit

683 Tout d'abord, seuls 37 % des salariés travaillent en horaires diurnes, et un salarié sur cinq travaille en équipe ou en travail de nuit.

Nous observons que la proportion des travailleurs de nuit a doublé dans cet objectif de conciliation de vie au travail et hors travail.

Une différence notable peut être soulevée entre un homme qui travaille de nuit et une femme, car la femme en grande majorité va rentrer et s'occuper de ses enfants ainsi que des tâches ménagères.

En principe, il s'agit des horaires compris entre 21 heures et 6 heures du matin.

Une période dérogatoire de neuf heures consécutives (entre vingt et une heures et sept heures du matin) peut être prévue, mais elle doit toujours comprendre la période de vingt quatre heures / cinq heures du matin et répondre à certaines conditions, à savoir :

- elle doit être prévue par convention ou accord collectif étendu ou accord d'entreprise ou d'établissement,
 - à défaut d'accord, les caractéristiques particulières de l'entreprise doivent le justifier et l'employeur doit obtenir l'accord de l'inspecteur du travail territorialement compétent.
- Son accord peut être donné après consultation des représentants du personnel (article L 3122-19 et L 3122-20 du Code du travail).

684 C'est donc le Code du travail qui va donner une définition du travailleur de nuit (article L 3122-29 et L 3122-31) : c'est soit celui qui accomplit, au moins deux fois par semaine, au moins trois heures de son temps de travail quotidien durant la période nocturne (c'est – à – dire vingt-quatre heures / cinq heures du matin), soit celui qui accomplit au cours d'une période de référence un nombre minimum d'heures de travail dans la période de vingt-quatre heures à cinq heures du matin.

Ce sont les partenaires sociaux qui par voie conventionnelle ou à défaut règlementaire doivent fixer un nombre minimum d'heures de travail (article L 3122-29 et L 3122-31 du Code du travail).

685 Puis, il est important de souligner que la mise en œuvre du travail doit avoir un caractère exceptionnel.

En vertu de l'article L 3122-32 du Code du travail, l'employeur qui souhaite recourir au travail de nuit doit le justifier afin d'assurer la continuité du service ou de l'activité économique. L'employeur doit respecter toutes les règles de sécurité et préserver la santé des travailleurs (obligation de sécurité de résultat de l'employeur).

De plus, une convention collective, un accord de branche étendu ou un accord d'entreprise doivent être conclus à cet effet (article L 3122-33 et L 3122-34 du Code du travail).

686 Cependant, lorsque l'employeur n'a pas réussi à obtenir l'accord des représentants du personnel, il doit prouver qu'il a engagé « *sérieusement et loyalement des négociations* » afin d'obtenir un tel accord.

D'autre part, il doit obtenir l'autorisation de l'inspection du travail dont dépend l'entreprise (article L 3122-36 du Code du travail).

Trois conditions doivent être réunies pour que l'employeur puisse démontrer qu'il a bien engagé des négociations à cette fin :

- l'employeur doit convoquer les organisations syndicales à la négociation en fonction d'un calendrier préalablement défini,

- toutes les informations nécessaires à la convocation doivent être portées à la connaissance des parties,

- l'employeur doit répondre aux propositions des représentants des salariés.

(article L 3121-36 du Code du travail).

En principe un salarié ne peut effectuer plus de huit heures quotidiennes de travail de nuit,

Sauf si des dispositions conventionnelles et exceptionnelles sont prévues à cet effet.

Il est indispensable dans ce cas d'obtenir l'autorisation de l'inspection du travail après consultation des délégués syndicaux et des représentants du personnel au comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel (article R 3122-11 et R 3122-12 du Code du travail).

De plus, la durée hebdomadaire du travail de nuit ne peut excéder 40 heures. Seul un texte conventionnel peut élever cette durée à 40 heures en prenant en compte les caractéristiques spécifiques de l'activité de l'entreprise concernée (article L 3121-35 du Code du travail).

687 Enfin, les salariés qui travaillent de nuit bénéficient de certaines contreparties particulières.

- Tout d'abord, une protection médicale particulière : le salarié en question doit effectuer une visite médicale avant son entrée en fonction puis minimum tous les six mois.

Si une visite médicale révèle que le salarié ne peut être maintenu à son poste, ou s'il s'agit d'une salariée enceinte, l'employeur doit prévoir des aménagements et le salarié est « transféré à titre définitif ou provisoire sur un poste de jour correspondant à sa qualification et à l'emploi précédent ».

De plus, le CHSCT peut demander à ce qu'un poste de travail soit adapté à l'état de santé d'un salarié (articles L 3122-42, R 3122-18 et R 3122-22 du Code du travail).

- Puis, le salarié doit bénéficier de contreparties sous forme de repos compensateur et le cas échéant de compensation salariale.

Il est nécessaire de préciser que certaines dispositions conventionnelles améliorent les conditions de travail de nuit du salarié (article L 3122-4 du Code du travail).

Il est donc conseillé de conclure des conventions dans cette optique.

- Des dispositions conventionnelles doivent prévoir et aménager des temps de pause,

- les travailleurs de nuit bénéficient d'une priorité pour occuper un poste de travail de jour (article L 3122-43 dernier alinéa du Code du travail)

- Enfin, le salarié peut faire la demande de passer d'un travail de nuit à un travail de jour (article L 3122-44 du Code du travail).

688 Nous pouvons tout de même nous demander si le travail de nuit représente vraiment une solution pour réussir à concilier sa vie privée avec sa vie professionnelle. Une étude a révélé que les horaires atypiques peuvent être à l'origine de cancer du sein pour les femmes, de la prostate et du colon pour les hommes, ainsi que de troubles digestif et du sommeil.

Par conséquent, nous pouvons nous demander s'il est plus judicieux pour ces salariés de travailler sous le régime du temps partiel (B).

B. Le contrat de travail à temps partiel

689 Tout d'abord, le Code du travail donne une définition du **travail à temps partiel** :
L 3123-1 :

Les salariés à temps partiel sont soit des salariés qui travaillent pour une durée inférieure à la durée légale hebdomadaire qui est de trente cinq heures soit les salariés qui travaillent dont la durée du travail est inférieure à la durée mensuelle légale qui est de 151,67 heures. On peut calculer la durée du travail sur la base annuelle : un salarié à temps partiel est un salarié qui travaille moins de mille six cent sept (1607) heures par an.

La journée de travail ne peut pas être inférieure à deux heures de travail continu.

La journée de travail ne peut pas comporter plus d'une coupure en dehors de temps de pause.

Cette coupure ne peut dépasser deux heures.

Certaines conventions stipulent des dérogations, qui permettent d'interrompre la journée de travail de plus de deux heures, de ce fait, le salarié doit en contrepartie effectuer un horaire minimum de trois heures dans la journée.

690 Puis, au sujet de l'organisation du temps partiel :

En principe les horaires doivent figurer dans le contrat. Lesdits horaires résultent donc d'un consensus entre l'employeur et le salarié.

En cas de modification de l'organisation du temps de travail :

Soit, il s'agit d'une modification de la durée de travail :

Par exemple, si un salarié est embauché pour vingt-cinq heures par semaine sa durée ne peut être ni augmentée ni diminuée sans son accord.

La modification de la durée du travail c'est une modification du contrat qui ne peut être imposée sans son accord.

Il est question d'heures supplémentaires quand le salarié travaille à temps complet et d'heures complémentaires quand il exerce à temps partiel.

Le salarié ne peut effectuer que des heures complémentaires égales à dix pourcent (10%) du temps de travail : s'il s'agit d'un contrat de vingt-cinq heures, deux heures et demi (2,5) heures complémentaires sont autorisées par semaine. Elles sont payées normalement sans être majorées.

Si le contingent d'heures complémentaires est dépassé, l'employeur est dans l'illégalité et il se doit de requalifier le contrat de travail du salarié en contrat de travail à temps plein.

Il faut savoir que lorsqu'un salarié refuse modifier son contrat de travail en contrat de travail à temps plein, cela ne constitue ni une faute, a fortiori ni un motif de licenciement.

Si la modification de la durée du contrat de travail ne résulte pas d'un motif économique, alors un salarié qui a été licenciement pour ce motif peut voir son licenciement requalifié en licenciement sans cause réelle et sérieuse

La modification de la durée du contrat de travail peut être justifiée en cas de modification sanction ou de modification dans le cadre d'un changement de qualification.

Soit il s'agit d'une modification des horaires de travail, autrement dit de la répartition des horaires sur la semaine :

On ne modifie pas le volume horaire

Nous pouvons nous demander à quelle condition nous pouvons modifier les horaires d'un salarié en contrat à temps partiel.

La modification doit être notifiée au salarié avec un délai de prévenance raisonnable de 7 jours avant la date à laquelle elle doit avoir lieu.

Il faut qu'il y ait une clause dans le contrat qui prévoit cette variation, la possibilité pour l'employeur de modifier les horaires. Si la clause est dans le contrat, l'employeur peut imposer cette demande au salarié.

Si cette clause ne figure pas dans le contrat, l'accord du salarié est obligatoire.

Néanmoins, dans tous les cas (même s'il y a une clause), le salarié peut refuser le changement d'horaires :

- s'il est **incompatible avec des obligations familiales impérieuses**,
- pour le suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur et,
- dans le cas où on a une période d'activité fixée chez un autre employeur

Soit, il s'agit d'une modification de la répartition de la durée entre les jours de la semaine :

Prenons l'exemple d'un salarié à temps partiel qui travaille du mercredi au vendredi cinq heures par jour et l'employeur lui demande de travailler cinq heures le mardi au lieu du mercredi.

Deux conditions doivent être respectées par l'employeur pour modifier la durée du travail :

- * le contrat de travail doit définir les cas et les modalités de la modification.

Le contrat envisage cette possibilité pour les cas du CDD (contrat de travail à durée déterminée) (surcroît d'activité ...), de même les modalités doivent être prévues au contrat.

* la modification doit être notifiée au salarié au moins 7 j avant la date à laquelle elle doit avoir lieu.

Si ces deux conditions sont respectées le salarié ne peut pas refuser la modification du contrat par l'employeur. S'il refuse (outre les cas qui sont permis) c'est une faute, qui est susceptible de justifier un licenciement.

Si les deux conditions ne sont pas remplies, le salarié est en droit de refuser et le refus ne constitue ni une faute ni un motif de licenciement.

691 Quant aux heures complémentaires, celles-ci représentent les heures de travail que l'employeur peut demander au salarié d'effectuer au-delà de la durée prévue au contrat mais dans les limites du dixième (10%) de la durée prévue au contrat et si un accord collectif de branche étendue le prévoit peut aller jusqu'à 1/3 du contrat.

Elles ne peuvent porter la durée du travail au niveau de la durée légale du travail de trente cinq heures :

Quand un employeur demande au salarié d'effectuer des heures complémentaires, celui-ci doit respecter un délai de prévenance de cinq jours ouvrés (tous les jours de la semaine sauf samedi dimanche et jours fériés).

Si l'employeur respecte ce contingent :

- ne dépasse pas les dix pourcent (10%) et
- respecte le délai de prévenance,

Le salarié ne peut pas refuser d'effectuer les heures complémentaires.

692 Par ailleurs, les heures complémentaires ne peuvent pas être régulières, on ne peut pas avoir sur une période de plusieurs semaines consécutives une durée moyenne qui serait supérieure à la durée pour laquelle le salarié a été embauché : on ne peut pas avoir régulièrement recours aux heures complémentaires.

S'il y a un abus, il est nécessaire d'observer la moyenne des heures effectuées chaque semaine et si l'on s'aperçoit que chaque semaine le salarié effectue trente trois heures au lieu de trente deux, le contrat va être requalifié en contrat à temps partiel avec une durée de trente trois heures.

C'est ce que l'on appelle une réévaluation automatique.

Il est possible de cumuler deux emplois à temps partiel tant que le salarié ne dépasse pas quarante huit heures par semaine en tout.

En effet, on ne peut pas avoir deux emplois qui permettraient d'effectuer un travail au-delà de dix heures par jour, quarante huit heures par semaine et il faut que le repos quotidien entre deux périodes travaillées ne soit pas inférieur à onze heures et que le salarié bénéficie de son repos hebdomadaire de vingt quatre heures.

Les durées maximums à ne pas dépasser sont situées aux articles : L 8261-1, L 3121-34 , L 3121-35 et L 3121-36 du Code du travail.

693 De plus, les salariés à temps partiel qui souhaiteraient effectuer un temps plein dans l'entreprise sont prioritaires par rapport à des candidats extérieurs.

Un salarié ne peut pas s'opposer à la requalification automatique du nombre d'heures du contrat (il ne peut pas par exemple s'opposer au passage de vingt deux heures à vingt cinq heures).

Si le salarié s'y oppose, il perd le bénéfice d'exonération des heures complémentaires selon la loi

Si le salarié a effectué des heures complémentaires de manière régulière, la requalification du nombre d'heures est obligatoire.

Art L 3123-15 Code du travail explique ce mécanisme de requalification automatique.

Si nous sortons du domaine des heures complémentaires, il s'agit d'une modification du contrat et là l'accord du salarié est obligatoire. En effet, si l'employeur modifie unilatéralement le contrat, le salarié peut agir, prendre acte de la rupture de son contrat de travail afin de se le faire requalifier en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Mais les horaires atypiques peuvent dans certains cas être à l'origine de troubles médicaux à l'égard des salariés, de ce fait, certaines entreprises décident d'adapter les horaires de travail au salarié lui-même (Sous-section 2).

Sous-section 2 : Une nécessaire adaptation des horaires de travail du salarié : un rôle déterminant dans la conciliation de la vie privée et professionnelle du salarié

L'adaptation des horaires de travail du salarié passe en premier lieu par une nécessaire modification des horaires (§1), mais aussi par l'adoption de nouvelles dispositions à cet égard (§2).

§1 : La modification des horaires : un enjeu dans la conciliation vie privée / vie professionnelle du salarié

694 C'est un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 10 juillet 1996⁷⁷⁷ qui a institué la différence entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail.

Lorsque l'employeur décide de modifier des éléments du contrat de travail, celui-ci doit obtenir l'accord du salarié.

Cela concerne notamment le temps de travail, et particulièrement la durée du travail qui fait partie du socle contractuel.

L'employeur ne peut ni augmenter, ni diminuer la durée de travail du salarié sans son accord. Cette durée ne peut être modifiée à la hausse ou à la baisse : qu'il s'agisse du passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit ou l'inverse⁷⁷⁸, du passage d'un horaire fixe à un horaire

⁷⁷⁷ Cass. soc. 10 juillet 1996, N° de pourvoi: 93-41137

⁷⁷⁸ Cass. soc. 7 avril 2004 N° de pourvoi: 02-41486

variable⁷⁷⁹, du passage d'un horaire continu à un horaire discontinu⁷⁸⁰, du passage d'un travail sur quatre jours à un travail sur cinq jours⁷⁸¹.

Par conséquent, l'accord du salarié n'est pas nécessaire, lorsqu'il s'agit d'un simple changement d'horaire.

Mais c'est sans compter sur un arrêt GSF ORION du 3 novembre 2011⁷⁸² qui a posé une nouvelle limite au changement d'horaire. Cet arrêt affirme que ledit changement ne nécessite pas l'accord du salarié sauf atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou de son droit repos.

Ces éléments induisent une modification du contrat de travail et nécessitent donc l'accord du salarié.

695 En effet, la simple distinction modification du contrat de travail, changement des conditions de travail n'est pas le seul raisonnement possible.

Ces dernières années sont marquées par une protection accrue de la vie privée du salarié, certains auteurs parlent d'une « **capacité de résistance** du salarié fondée sur son droit à une vie personnelle et familiale »⁷⁸³.

Un employeur qui impose un changement d'horaires à un salarié portant atteinte à sa vie privée (personnelle et familial) peut se voir opposer le refus du salarié.

La reconnaissance de la vie privée et familiale permet – elle au salarié d'invoquer lui-même un changement d'horaire ?⁷⁸⁴

La demande de modification des horaires du salarié peut provenir du salarié lui-même (B) mais aussi de son employeur (A).

A. Une demande de modification des horaires du côté de l'employeur

696 Premièrement, il faut savoir que le salarié à temps partiel peut refuser légitimement de modifier son temps de travail :

⁷⁷⁹ Cass. soc. 14 novembre 2000 N° de pourvoi: 98-43218

⁷⁸⁰ Cass. soc. 18 décembre 2000 N° de pourvoi: 98-42885

⁷⁸¹ Cass. soc. 23 janvier 2001 N° de pourvoi: 98-44843 98-45287 98-45318

⁷⁸² Cass soc. 3 novembre 2011 N° de pourvoi: 10-14702

⁷⁸³ Cahiers sociaux, 01 mai 2014, n° 263, Changements d'horaires : et si le salarié avait son mot à dire ?

⁷⁸⁴ Note Ch. Mathieu, « Volonté du salarié et temps de travail », RDT 2012, p. 677 ; P. Lokiec, « Variations autour de la volonté du salarié », Dr. ouv. 2013, p. 464)

Sur le contrat de travail du salarié à temps partiel, il est impératif que la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois soit inscrite (article L 3121-14 du Code du travail, sauf pour « *les salariés d'une association ou d'une entreprise d'aide à domicile* »).

L'employeur et le salarié s'accordent sur la répartition des horaires, que celle-ci soit mensuelle ou hebdomadaire. Il n'est pas exigé que ladite répartition soit exacte. Le salarié doit juste connaître au préalable ses périodes de travail.

Lorsque l'employeur désire modifier la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois, l'article L 3123-21 du Code du travail lui impose le respect d'un délai de prévenance de sept jours.

La Cour de cassation affirme que « *la répartition du travail à temps partiel [...] constitue un élément du contrat de travail* »⁷⁸⁵. De ce fait le refus du salarié ne nécessite aucune justification. Nous pouvons parler d'une « *résistance absolue* » du salarié.

La protection du refus du salarié est favorable au respect de sa vie privée, en effet, une modification de ses horaires est susceptible de modifier son organisation familiale.

697 Par ailleurs, l'employeur peut vouloir insérer dans le contrat de travail du salarié une clause de « **variabilité des horaires** », celle-ci doit être justifiée par les nécessités de l'entreprise.

Dans, ce sens la loi Aubry II n° 2000-37 du 19 janvier 2000 valide cette clause si elle précise « *les cas dans lesquelles une modification éventuelle de [la répartition prévue au contrat] peut intervenir ainsi que la nature de cette modification* » (article L 3123-14 2° du Code du travail).

Mais même si le salarié a souscrit une telle clause, il n'est peut **s'y soustraire** « *dès lors que [le] changement n'est pas compatible avec des **obligations familiales impérieuses**, avec le suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur, avec une période d'activité fixée chez un autre employeur ou avec une activité professionnelle non salariée* ».

De même lorsque l'employeur et le salarié ont inscrit au préalable sur un document les horaires de chaque journée de travail du salarié.

698 Dans ce sens, il est important de souligner que seules des **obligations familiales** « **impérieuses** » peuvent justifier le refus du salarié. Nous pouvons en déduire qu'il doit s'agir

⁷⁸⁵ Cass. soc., 12 oct. 1999, n° 97-42432 : Bull. civ. V, n° 380

de « *circonstances d'une certaine gravité* », mais la Cour de cassation n'impose pas au salarié de faire « état de difficultés particulièrement lourdes »⁷⁸⁶.

Par conséquent, le salarié à temps partiel peut refuser de réaliser des heures complémentaires dans deux cas :

- une irrégularité de procédure : lorsque la demande de l'employeur excède la limite d'un dixième que nous avons vu précédemment, mais aussi lorsque l'employeur ne respecte pas un délai de prévenance de 3 jours : l'article L 3123-20 affirme que le refus du salarié sur ces motifs « *ne constitue ni une faute, ni un motif de licenciement* ».
- une prévisibilité du travail à temps partiel : il arrive que le salarié se soit engagé à l'avance pour certaines **obligations résultant de sa vie privée**.

699 Deuxièmement, le salarié à temps complet peut aussi refuser légitimement de modifier son temps de travail :

C'est la décision de la chambre sociale de la Cour de cassation du 14 octobre 2008⁷⁸⁷ qui a été précurseur dans le domaine du respect de la vie privée du salarié relatif au contrat de travail du salarié.

Elle affirme dans un arrêt du 3 novembre 2011⁷⁸⁸ que « *sauf atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos, l'instauration d'une nouvelle répartition du travail sur la journée relève du pouvoir de direction de l'employeur* ».

Cet attendu de principe pourrait nous faire penser que dès lors que le changement d'horaires engendre une atteinte excessive au droit du respect de la vie privée du salarié, il s'agirait d'une modification du contrat de travail.

De ce fait, les dispositions relatives aux droits fondamentaux des salariés non prévues au contrat de travail deviendraient – elles contractuelles ?

Retenons donc que l'opposition d'un salarié à un changement d'horaires qui s'avèrerait incompatible avec sa vie personnelle et familiale est tout à fait légitime, d'autant plus qu'il invoque un droit fondamental. L'employeur ne peut en aucun cas invoquer une faute du salarié.

⁷⁸⁶ Cass. soc., 13 janv. 2009, n° 06-45562 : Bull. civ. V, n° 4

⁷⁸⁷ n° 07-40523 : Bull. civ. V, n° 192 ; RDT 2008, p. 731, obs. G. Auzero, D. 2008, AJ, p. 2672, obs. A. Fabre. V. depuis : Cass. soc., 13 janv. 2009, n° 06-45562 : Bull. civ. V, n° 4 – Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-69127 – Cass. soc., 17 oct. 2012, n° 11-18029

⁷⁸⁸ n° 10-14702 : Bull. civ. V, n° 246 ; Dr. soc. 2012, p. 147, obs. E. Dockès ; D. 2012, p. 67, obs. P. Lokiec ; JCP E, 1082, obs. A. Martinon ; SSL 2011, n° 1518, obs. A. Fabre

Cela dit, le salarié se doit de justifier que ledit changement d'horaires « *porte atteinte à son droit fondamental* »⁷⁸⁹.

La Cour de cassation rajoute qu'un refus est légitime qu'en cas « *d'atteinte excessive* » aux droits et libertés fondamentales. Elle détermine les circonstances qui permettent de justifier le refus du salarié.

De plus, elle fait référence au principe de proportionnalité en évoquant l'« *atteinte excessive* ». En effet, l'employeur doit prendre ses directives tout en respectant le principe de proportionnalité.

En conclusion une décision de l'employeur relative à une modification d'horaires de travail doit être justifiée et proportionnée. Dans le cas contraire, le refus du salarié s'avèrerait justifié.

Qu'en est-il de la demande de modification des horaires du salarié (B) ?

B. Une demande fondée de modification des horaires du côté du salarié

700 Tout d'abord, notons que la demande de réduction du temps de travail d'un salarié peut provenir de changements dans sa vie privée et peut le conduire à vouloir réorganiser son temps de travail.

Il peut s'agir en effet, de nouvelles responsabilités parentales (reprise du travail après un congé de maternité, la garde ou la scolarisation du enfant...), ou familiales (le soutien d'un proche malade, handicapé ou âgé).

Nous allons donc voir dans quelles mesures un salarié peut légitimer d'une modification de ses horaires de travail.

Dans certains cas, le législateur accorde au salarié un « *droit d'initiative* » pour alléguer d'une modification du temps de travail⁷⁹⁰.

En effet, l'article L 1225-47 du Code du travail reconnaît au salarié un véritable droit d'initiative de modification des horaires de travail dans la période qui suit le congé de maternité :

« Pendant la période qui suit l'expiration du congé de maternité ou d'adoption, tout salarié justifiant d'une ancienneté minimale d'une année à la date de naissance de son enfant, adopté

⁷⁸⁹ Cass. soc., 2 avril 2014, n° 13-11060, FS PB

⁷⁹⁰ Note sur la promotion de cette logique par la loi Aubry II, M. Del Sol, « Travail à temps partiel : le renforcement de la logique du temps choisi ? », Dr. soc. 2001, p. 728 ; F. Favennec-Héry, « Le temps vraiment choisi », Dr. soc. 2000, p. 295

ou confié en vue de son adoption, ou de l'arrivée au foyer d'un enfant qui n'a pas encore atteint l'âge de la fin de l'obligation scolaire a le droit :

(...)

2° Soit à la réduction de sa durée de travail, sans que cette activité à temps partiel puisse être inférieure à seize heures hebdomadaires. »

701 En outre, si le salarié respecte la limite des seize heures hebdomadaires, l'employeur ne peut refuser cette demande.

En dehors du cas du congé parental, il est plus difficile pour le salarié de demander et d'obtenir un changement de ses horaires de travail.

La loi Aubry II n° 2000-37 du 19 janvier 2000 affirme que ce sont les accords collectifs qui établissent les conditions d'élaboration du temps partiel à l'initiative du salarié :

« Les conditions de mise en place d'horaires à temps partiel à la demande des salariés sont fixées par une convention ou un accord collectif de travail étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement.

Cette convention ou cet accord prévoit :

1° Les modalités selon lesquelles les salariés à temps complet peuvent occuper un emploi à temps partiel et les salariés à temps partiel occuper un emploi à temps complet dans le même établissement ou, à défaut, dans la même entreprise ;

2° La procédure à suivre par les salariés pour faire part de leur demande à leur employeur ;

3° Le délai laissé à l'employeur pour y apporter une réponse motivée. En particulier, en cas de refus, celui-ci explique les raisons objectives qui le conduisent à ne pas donner suite à la demande. » (article L 3123-5 du Code du travail).

En définitive, le « *droit d'initiative* » du salarié d'accéder à un temps partiel n'est donc pas un droit absolu.

702 Cet article accorde à l'employeur un délai pour qu'il apporte une réponse motivée. Précisons que le refus de l'employeur se doit d'être justifié.

Nous pouvons déduire de cet article que le salarié n'a pas un droit d'obtenir un temps partiel, il peut seulement le demander, mais rien ne garantit un retour positif à sa demande.

Mais la législation « *protège le salarié d'un refus arbitraire* » de l'employeur :

L'article L 3123-6 du Code du travail impose à l'employeur de justifier son refus en vertu

« de l'absence d'emploi disponible relevant de la catégorie professionnelle du salarié ou de l'absence d'emploi équivalent », ou en démontrant que « le changement d'emploi demandé aurait des conséquences préjudiciables à la bonne marche de l'entreprise ».

Nous pouvons appliquer ce raisonnement à l'article L 3123-7 du Code du travail, relatif au salarié qui demande de bénéficier « d'une réduction de la durée du travail sous forme d'une ou plusieurs périodes d'au moins une semaine en raison des besoins de sa vie familiale ».

Le silence de la loi nous fait penser que l'employeur ne pourra refuser la demande du salarié qu'en vertu des deux dispositions susvisées.

703 Quant à la demande d'aménagement des horaires de travail :

Commençons par citer l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 12 septembre 2012⁷⁹¹.

Il s'agissait en l'espèce d'une salariée qui avait fait une demande de modification de ses horaires de travail suite à son retour de congé maternité. La salariée en question avait été licenciée, celle-ci avait arrêté de venir travailler suite au refus de son employeur d'accéder à sa demande.

La Cour de cassation a validé le licenciement de la salariée car « le refus de l'employeur d'accéder à la demande de modification d'horaires de travail [...] résultait de l'exercice légitime de son pouvoir de direction sans porter abusivement atteinte au droit à une vie personnelle ».

La Cour de cassation se cantonne à vérifier si le refus de l'employeur est abusif ou non, dans le sens d'une prise en compte essentielle de la vie privée (personnelle et familiale) du salarié. Pour cela, les juges doivent vérifier si la décision de l'employeur est « justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché » (*leit motiv* du principe de proportionnalité).

Le droit du salarié à demander une modification de ses horaires de travail n'est donc à l'heure actuelle pas assez encadré d'un point de vue législatif.

Il serait donc judicieux d'encadrer la possibilité de l'employeur de refuser la modification d'horaires pour les motifs évoqués précédemment (absence d'emploi disponible, conséquences préjudiciables à la bonne marche de l'entreprise).

⁷⁹¹ Cass. soc., 12 déc. 2012, n° 11-21494

Le législateur pourrait imposer aussi des voies de recours pour le salarié qui s'est vu opposer un refus :

- via un **référé auprès du Conseil des prud'hommes**,

En effet, le refus de l'employeur face à une demande de congés du salarié peut faire l'objet d'un référé : congé de création ou de reprise d'entreprise : article L. 3142-97 ; congé de formation économique et sociale et de formation syndicale : article L. 3142-13 ; congé de solidarité internationale : article L. 3142-34 du Code du travail,

- une **saisie de l'inspecteur du travail**,

De même que pour le référé, certains refus de congés peuvent faire l'objet d'une saisie de l'inspecteur du travail : congé individuel de formation : article L. 6322-6 ; congé de participation aux instances d'emploi et de formation professionnelle : article L. 3142-4 du Code du travail.

704 Par conséquent, en attendant une évolution législative, il est conseillé de mettre en œuvre une négociation collective sur le sujet.

Nous pouvons citer en illustration la société ALSTOM qui a conclu un accord sur « *l'équilibre travail et vie privée* » du 10 juillet 2009.

Cet accord prévoit le droit pour les salariés de **demandeur un aménagement d'horaires** « *en cas de maladie ou d'hospitalisation d'un membre de la famille (ascendants ou descendants directs), sur présentation de justificatifs médicaux* » (III,1).

Il a aussi élaboré **un système de « temps partiel temporaire de droit »** : « *Ce temps partiel temporaire de droit sera mis en place, à la demande du salarié, pour une période déterminée d'au maximum un mois. Sont visées dans les conditions d'ouverture de ce droit, les situations de problèmes familiaux ou de santé. Le salarié qui désire exercer ce droit doit en faire part à sa hiérarchie ainsi qu'au service des ressources humaines en indiquant la réduction du temps de travail choisie, ainsi que la durée durant laquelle il souhaite en bénéficier dans la limite d'un mois* » (IV, 1).

Les horaires du salarié représentent un tel enjeu dans la conciliation vie privée / vie professionnelle, qu'ils feront l'objet de l'adoption de nouvelles dispositions (§2).

§ 2 : Les horaires du salarié : un enjeu dans la conciliation vie privée / professionnelle nécessitant l'adoption de nouvelles dispositions

Des nouvelles dispositions seront adoptées du salarié (A), plus particulièrement de ses horaires individualisés, mais aussi au niveau de l'entreprise (B).

A. Au niveau des horaires individualisés du salarié

705 Notons en premier lieu que trente pourcent (30 %) des salariés jugent qu'il est difficile de réussir à concilier vie privée et vie professionnelle.

Plus de la moitié rencontre des difficultés pour gérer le quotidien, les tâches administratives et ménagères.

Au niveau de la vie de famille, cinquante cinq pourcent (55 %) estiment qu'il leur est difficile de s'occuper de leurs enfants.

Les salariés mettent la note de 5/10 aux entreprises dans leur action pour cette conciliation⁷⁹².

Les évolutions de la société montrent d'ailleurs que cet enjeu de conciliation reste moins une question de la femme mais de l'ensemble des salariés.

Même si certaines entreprises considèrent encore qu'un diplôme de femme a moins de valeur qu'un diplôme d'homme car elles sont considérées comme « non disponibles, non flexibles, non mobiles ».

706 Puis, nous observons en second lieu que les changements d'horaires de la vie professionnelle des salariés sont plus fréquents chez les femmes que chez les hommes.

En effet, quatre femmes sur dix modifient leurs horaires, alors que cela concerne six hommes sur cent.

Il est nécessaire de savoir qu'un bon équilibre profite aussi bien aux salariés qu'aux entreprises. En effet, 79 % des cadres sont convaincus qu'il s'agit de bénéfices partagés.

Les bénéfices envisagés sont de deux ordres : pour les salariés et l'entreprise :

- la santé du salarié s'améliore car son stress diminue, ce qui contribue à baisser le taux d'absentéisme,
- une efficacité du salarié renforcée qui constitue un gain pour l'entreprise, mais aussi pour le salarié qui est satisfait de « *bien* » terminer son travail,

⁷⁹² Colloc, concilier vie privée et vie professionnelle : santé, égalité et organisation du travail en question, lundi 16 juin 2014

- enfin, il constitue un moyen pour les salariés de s'épanouir.

707 En effet, la piste préférée pour les salariés constitue un aménagement des horaires et modalités de travail. Il serait nécessaire de modifier la charge de travail ainsi que les rythmes y afférents.

Lorsque l'employeur organise les horaires et jours de présence des personnes en temps partiel, il serait judicieux de prendre en compte l'ensemble de l'équipe.

Soulignons qu'en principe, tous les salariés doivent respecter un horaire collectif.

Certaines situations, en relation avec la vie privée du salarié permettent d'autoriser un horaire individualisé pour le salarié, comme le handicap d'un salarié ou d'un de ses proches.

Pour mettre en place ce système, plusieurs conditions doivent être respectées.

Pour que le salarié bénéficie d'horaires individualisés, les heures devront être reportées d'une semaine sur l'autre, sans les décompter en tant qu'heures supplémentaires.

Pour ce faire, le salarié doit adresser une « *demande d'aménagement d'horaires individualisés* » à l'employeur.

Quant à l'employeur, il doit informer et consulter le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel à cet effet, puis informer l'inspection du travail territorialement compétente⁷⁹³ (article L 3122-23 à 26 et R 3122-2 et R 3122-3 du Code du travail).

708 En outre, certaines entreprises désirent s'adapter au plus juste à la demande de la clientèle (secteur des services, grande distribution) prévoient pour ce faire de grandes coupures sur le temps de travail (quatre heures par exemple).

La conciliation vie privée / vie professionnelle est d'autant plus difficile dans ce cas.

D'autant plus que la situation de crise actuelle renforce ce problème.

D'autre part, certaines entreprises comme l'assureur mondial AXA, ont mis en place un aménagement des plages horaires.

En effet, les salariés peuvent arriver le matin entre sept heures quarante cinq (7h45) et neuf heures et demi (9h30), sauf pour les lendemains de jours fériés et lundi matin où la limite est repoussée à dix (10) heures du matin.

Ils peuvent partir le soir à partir de seize (16h) et quinze heures trente (15h30) pour les veilles de jours fériés et les vendredis après-midis.

⁷⁹³ Droit des relations sociales au travail, Martine MEUNIER-BOFFA

Cet aménagement des plages horaires des salariés est un des pas réalisés pour la conciliation vie privée / vie professionnelle des salariés.

709 Quant aux salariés soumis au régime du temps partiel, nous pouvions imaginer que ce dernier s'avérerait être un avantage, mais pas dans certains cas.

En effet, si l'on prend l'exemple des femmes chargées de l'entretien des bureaux qui travaillent tôt le matin et tard le soir, celles-ci peuvent éprouver un sentiment de culpabilité car elles travaillent au moment où leur conjoint et leurs enfants ont besoin d'elles.

Ce sentiment de culpabilité qui peut d'ailleurs avoir une influence sur la santé mentale de ces salariées.

Outre les mesures relatives aux salariés, il est nécessaire d'en adopter un niveau de l'entreprise (B).

B. L'adoption de mesures au niveau de l'entreprise

Il est légitime d'adopter des propositions de réformes internes, c'est-à-dire au sein de l'entreprise.

710 Interrogeons nous tout d'abord sur la pertinence du travail en horaires de nuit, autrement dit, abandonner un système en trois huit, c'est-à-dire avec trois équipes qui se succèdent pour un système en deux huit.

Il serait donc judicieux de se réinterroger sur les modèles qui existent depuis des décennies dans les entreprises, vu les effets néfastes qu'ils engendrent pour la santé des salariés.

Il est important aussi de s'interroger sur les conséquences des horaires de début et de fin de poste que l'on impose aux salariés en ayant en tête les questions sur les temps de transport, en essayant de comprendre où vivent les salariés et ce qu'on leur impose.

La politique des ressources humaines devrait être soumise à ces nouvelles questions.

Il s'agit d'un souhait direct pour les salariés mais aussi pour d'un souhait indirect pour les entreprises, car la santé économique de l'entreprise est tout sauf antinomique de la santé de ses salariés.

De plus, les horaires fragmentés ont un impact sur la santé des salariés.

Les salariés subissent des préjudices au niveau de la fatigue, de la disponibilité.

En effet, on peut être chez soi mais ne pas y être tellement on est fatigués, la vie personnelle du salarié est mise à mal. Cela devient « coûteux » du point de vue psychique.

A l'inverse, le problème du « **présentisme** » se fait sentir, en effet le salarié peut être présent au travail mais ne pas pouvoir travailler tellement il est perturbé dans sa tête et dans son corps. Le nombre de jours de perte de temps au travail lié au présentisme est 1,5 fois plus important que celui lié à l'absentéisme.

Il faut se pencher sur le thème du « travail empêché ».

711 En second lieu, remarquons que l'imprévisibilité des horaires du travail génère une augmentation de l'absentéisme des salariés.

En effet, il est nécessaire de réorganiser le système des heures complémentaires et supplémentaires des salariés quand le client le demande dans l'urgence.

De plus, certaines pratiques d'entreprises devraient être insufflées. En effet, la loi devrait penser à rallonger le congé de paternité.

Il est nécessaire d'intégrer qu'à l'heure actuelle il y a « *des parents* » et non pas un père et une mère bien distincts en fonction de leur sexe.

L'idée nouvelle serait d'autoriser les hommes à être père.

La parentalité à l'heure actuelle est sanctionnée pour les femmes, elle est vue comme une perte et non comme un enrichissement.

Les qualités acquises au moment de l'arrivée d'un enfant sont extrêmement importantes et ne doivent pas être négligées.

712 Aussi, il serait important d'inspirer aux entreprises une nouvelle organisation du travail : **faire en sorte que le temps du soir soit considéré comme le temps de celui qui ne sait pas s'organiser** (comme en Allemagne par exemple).

Les actions précitées relèvent donc du domaine de la loi, de l'entreprise, à savoir l'organisation interne de l'entreprise.

En effet, deux cent vingt huit (228) entreprises ont reconnu que l'évaluation de leur propre pratiques leur ont permis de progresser.

Il s'agit donc d'instaurer une politique d'évaluation des pratiques internes pour améliorer la problématique de la vie privée.

La conciliation vie privée / vie professionnelle passe donc par la consécration du droit au repos mais aussi du droit d'autonomie et du droit à la parentalité du salarié (Section 2).

Section 2 : La consécration du « droit d'autonomie » et du « droit à la parentalité » du salarié : vers une meilleure conciliation vie privée / vie professionnelle

De nombreuses entreprises ont adopté le système du forfait jour favorisant le droit d'autonomie du salarié afin d'assurer une meilleure conciliation vie privée / vie professionnelle (Sous-section 1). Ladite conciliation passe aussi par l'avènement du droit à la parentalité (Sous-section 2).

Sous-section 1 : L'avènement du droit d'autonomie du salarié via le forfait jour : un système permettant de concilier vie privée et vie professionnelle ?

713 Le forfait jour a été élaboré afin de décompter le temps de travail de certains salariés en jours (jour entier ou demi-journée) et non plus en heures.

Il prévoit à l'avance le nombre de jours exacts devant être réalisés par le salarié.

La loi Aubry II n° 2000-37 du 19 janvier 2000 révèle que les dispositions alors en vigueur n'étaient pas adaptées aux spécificités du travail des cadres.

En effet, la loi ne prenait en compte que les cadres dirigeants et les cadres intégrés, la catégorie intermédiaire des cadres, appelés plus communément les « ni-ni »⁷⁹⁴ (ni cadres dirigeants, ni cadres intégrés) ne faisaient l'objet d'aucune disposition.

Nous pouvons donc nous demander si les conventions de forfait jours constituent réellement un outil de flexibilité permettant d'allier vie privée et vie professionnelle du salarié.

Pour répondre à cette question il est indispensable d'étudier l'élaboration du système du forfait jour (§1), et de vérifier s'il assure toutes les garanties nécessaires relatives au respect de la protection physique et mentale du salarié (§2).

⁷⁹⁴ P.-H. Antonmattei, « Les salariés concernés par les conventions de forfait en jours sur l'année », Semaine sociale Lamy, 2012, n° 1544.

§1 : L'élaboration du système du forfait jour

Nous allons en premier lieu définir le système du forfait jour (A), pour savoir s'il est favorable à la mise en place d'une politique d'autonomie du salarié (B).

A. La définition du système du forfait jour

714 Nous pouvons penser en premier lieu que ce nouveau système permet d'éviter à ces salariés d'être contrôlés sur le nombre d'heures à effectuer dans la journée.

Ce forfait permet aussi d'exonérer l'entreprise du système des heures supplémentaires, de la durée légale maximale d'heures quotidiennes et hebdomadaires.

L'exigence du repos quotidien et hebdomadaire doit être respectée.

L'application du régime du forfait jours doit être formalisé par écrit (article L 3121-40 du Code du travail) : à savoir soit sous la forme d'une clause du contrat de travail, soit sous la forme d'une convention individuelle de forfait.

Une simple phrase faisant référence au forfait jours qui renvoie à la convention collective n'a pas de valeur⁷⁹⁵.

De même pour les notes de l'employeur adressées à l'ensemble des salariés, même si le salarié a rédigé et signé lui-même ladite note⁷⁹⁶.

Les conventions de forfait en jours ont donc été mises en œuvre pour ces « *ni-ni* ».

Le critère « *exigeant* »⁷⁹⁷ de la prédétermination de la durée du temps de travail⁷⁹⁸ a été supprimé par la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 dite loi Fillon⁷⁹⁹.

715 Notons en second lieu que le critère principal de l'application de la convention forfait jours est celui de l'autonomie du salarié.

Cette convention forfait jours s'applique aussi pour les « *assimilés cadres* »⁸⁰⁰ depuis la loi du 20 août 2008⁸⁰¹.

⁷⁹⁵ [Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 10-17.593](#)

⁷⁹⁶ [Cass. soc., 13 févr. 2013, no 11-27.826](#)

⁷⁹⁷ CA Lyon, 2 mai 2002, n° 2002/00277

⁷⁹⁸ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005.

⁷⁹⁹ L. n° 2003-47, 17 janv. 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi

⁸⁰⁰ « La référence aux conventions collectives a été abandonnée pour définir les cadres, ce qui permet d'inclure les « assimilés cadres » ».

⁸⁰¹ L. n° 2008-789, 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail

L'article L 3121-39 du Code du travail affirme en outre qu'il appartient aux accords collectifs d'instaurer la convention forfait avec le nombre de jours précis à effectuer par les salariés.

Le Conseil constitutionnel rajoute qu'un accord d'entreprise peut prévoir un nombre de jours supérieur à celui fixé par l'accord collectif⁸⁰².

Mais les salariés ne peuvent effectuer plus de deux cent dix huit (218) jours par an (journée de solidarité comprise) (article L 3121-44 du Code du travail).

En effet, l'employeur peut toujours décider d'imposer à ses salariés un nombre de jours moindre que celui fixé par conventionnellement (accord collectif).

716 Nous pouvons déduire que la limite légale des (218) jours concerne les salariés utilisant leur droit intégral à congés payés, par conséquent, il est possible pour les autres salariés d'augmenter cette durée légale⁸⁰³.

L'accord doit préciser aussi la période annuelle de référence, celle-ci ne peut être inférieure à douze mois. Ladite période doit être la même pour tous les salariés.

L'article L 3121-44 du Code du travail fixe un plafond et non une durée minimum obligatoire à effectuer. De ce fait, nous pouvons penser que l'employeur peut envisager une durée moins longue que les 218 jours.

Le **nombre exact de jours à effectuer doit être expressément fixé** dans la convention collective, celle-ci ne peut prévoir une « fourchette annuelle de jours travaillés ».

Sinon la convention est illicite et peut être annulée⁸⁰⁴.

En l'espèce, il s'agissait d'une fourchette de deux cent quinze (215) à deux cent dix huit (218) jours.

Même si nous pouvons penser que la variation en question est dérisoire, la Cour de cassation considère qu'elle ne respecte pas les dispositions de l'article L 3121-45 du Code du travail.

Par ailleurs, lorsque le salarié s'absente pour quelques jours, ces derniers sont déduits de l'ensemble des jours de la convention forfait en question.

Au sujet d'un salarié qui s'absente quelques heures dans la journée, celui-ci ne subit aucune diminution de salaire (retenue sur salaire), étant donné que le forfait jour n'impose en aucun cas une obligation d'effectuer un nombre minimal d'heures.

⁸⁰² Cons. const., 7 août 2008, no 2008-568 DC

⁸⁰³ Le Lamy temps de travail, Comment le forfait annuel en jours fonctionne-t-il ? mise à jour de juin 2015

⁸⁰⁴ [Cass. soc., 12 mars 2014, no 12-29.141](#)

717 Aussi, la rémunération du salarié doit être relative à « *l'importance de ses responsabilités et à sa qualification* »⁸⁰⁵.

L'article L 3121-47 du Code du travail prévoit « *une rémunération manifestement en rapport avec les sujétions qui leur sont imposées* », il s'agit d'une rémunération « *équitable* » et non une majoration de son salaire⁸⁰⁶.

Cette disposition est en accord avec l'article 4 de la Charte sociale européenne qui garantit « *un droit à une rémunération équitable* ».

La convention de forfait jours ne permet en aucun cas de modifier la rémunération du salarié à la baisse.

Si leur rémunération ne correspond pas aux dispositions législatives, les salariés peuvent saisir le juge afin de réclamer « *une indemnité calculée en fonction du préjudice subi eu égard notamment au niveau du salaire pratiqué dans l'entreprise [et non plus au salaire minimum conventionnel], et correspondant à sa qualification* ».

Notons que lorsqu'une convention forfait jours n'est pas conforme législativement, le salarié peut revendiquer son illégalité et se faire appliquer le système classique de décompte et de rémunération des heures de travail⁸⁰⁷.

718 Enfin, un salarié peut prendre acte de la rupture de son contrat de travail qui repose sur le non paiement d'heures supplémentaires lorsqu'un employeur lui applique « *injustement* » une convention au forfait jours. La Cour de cassation rajoute que « *le non paiement d'heures supplémentaires est d'une gravité suffisante pour empêcher la poursuite du contrat* »⁸⁰⁸.

En l'espèce, l'employeur a été condamnée à payer les heures supplémentaires, les congés payés y afférents ainsi que les repos compensateurs non pris, mais aussi une indemnité de préavis, avec les indemnités de congés payés qui correspondent, une indemnité légale de licenciement et une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Citons Jacques Barthélémy, qui affirme que le forfait jour ne constitue « *ni une contrainte, ni une dégradation des conditions de travail, mais plutôt 'exactement l'inverse du fait de la*

⁸⁰⁵ « Les forfaits en jours : anomalie juridique ou prémices du futur ? », Les Cahiers du DRH, no 138, déc. 2007, Jacques Barthélémy

⁸⁰⁶ « Sauf lorsque le salarié renonce à une partie de ses jours de repos, l'article L. 3121-45 du Code du travail prévoit une majoration du salaire ».

⁸⁰⁷ [Cass. soc., 29 juin 2011, no 09-71.107](#)

⁸⁰⁸ Cass. soc., 13 déc. 2006, n° 04-40527 : Bull. civ. V, n° 375 et Cass. soc., 10 juill. 2013, n° 12-14028.

grande liberté qui en découle, laquelle permet en outre de mieux concilier vie professionnelle et vie professionnelle »⁸⁰⁹.

Ledit système du forfait jour instaure donc une politique d'autonomie du salarié (B), s'avère-t-elle favorable à une meilleure conciliation vie privée / vie professionnelle ?

B. Le système du forfait jour : une politique d'autonomie du salarié

719 Nous allons voir tout d'abord que le système du forfait jour permet une soustraction au contrôle de l'employeur.

Il appartient à l'accord collectif de prévoir les catégories de salariés qui peuvent être soumis au régime du forfait annuel en jours (article L 3121-39 du Code du travail).

Sous réserve de respecter l'article L 3121-43 du Code du travail qui affirme que seuls certains salariés peuvent relever d'un forfait annuel en jours, à savoir :

- les cadres « *qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés* » ;

- et les salariés non cadres « dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées » (article L 3121-43 du Code du travail).

Les tâches effectuées par le salarié en question ne peuvent donc être évaluées quantitativement.

Le forfait annuel en jours s'appliquent en général aux salariés / commerciaux en prospection, aux attachés commerciaux, aux visiteurs médicaux, aux salariés qui fournissent des prestations intellectuelles (généralement à domicile comme les traducteurs par exemple), mais aussi à certains salariés qui se voient confier une mission spéciale au sein de l'entreprise.

720 Soulignons que le critère principal pour pouvoir relever du système du forfait jours est celui de « **l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps** » du salarié.

Celle-ci n'est pas relative à ses responsabilités hiérarchiques mais à son « mode d'organisation du travail », c'est-à-dire qu'il dispose d'une « réelle maîtrise de son temps de travail », qu'il soit « libre de fixer le montant ou le temps qu'il consacrerà à son activité ».

⁸⁰⁹ « Les forfaits en jours : anomalie juridique ou prémices du futur ? », Les Cahiers du DRH, no 138, déc. 2007

L' « autonomie » du cadre qui relève du forfait jours est une condition mais aussi un droit dont il peut se prévaloir.

Celle-ci constitue une remise en cause du pouvoir de contrôle et de surveillance de la direction sur le salarié. Celui-ci étant libre d'organiser sa journée de travail comme il l'entend. Mais il n'est pas libre de toutes contraintes : il se doit d'être présents à certaines réunions, de respecter certaines exigences d'emploi du temps, et de se soumettre au pouvoir disciplinaire de son employeur (quand celui-ci est justifié).

L'une des raisons de l'élaboration de la convention forfait jours est en effet d'accorder une certaine indépendance et autonomie aux salariés en question, afin de le soustraire au contrôle des heures effectuées.

Par conséquent, si l'employeur s'évertue à contrôler les heures de travail de son salarié, ce dernier peut demander à être soumis au régime classique⁸¹⁰.

Un salarié soumis au forfait jours ne peut pas faire l'objet d'une sanction par l'employeur s'il ne respecte pas les « *plages horaires* » mis en place pour l'ensemble du personnel.

Mais l'employeur peut :

- relever que l'absence du salarié à une réunion importante lui a causé un préjudice,
- sanctionner le salarié s'il n'a pas « tiré à temps la sonnette d'alarme » pour effectuer sa mission.

721 Par ailleurs, le système du forfait jour mise sur « *la mission et la conscience professionnelle* » du salarié, et non plus le contrôle des heures effectués par le salarié.

Il s'agit d'une politique de « *responsabilisation* » du salarié et non plus d' « *infantilisation* » où celui-ci est surveillé pour les horaires qu'il fait et non pas pour la réalisation de ses missions.

La notion d'autonomie du salarié peut être conciliée avec la définition du temps de travail effectif : notamment le critère de « *disposition du salarié à l'égard de l'employeur, sans pouvoir vaquer à ses obligations personnelles* »⁸¹¹.

⁸¹⁰ CA Paris, 4 juin 2009, no S07/01644, il s'agissait d'un salarié (chef de rayon), soumis à des horaires imposés par son employeur

⁸¹¹ [Cass. soc., 14 juin 1990, no 88-42.783](#) ; [Cass. soc., 6 juin 1985, no 82-41.096](#) ; voir J. Barthélémy, « La notion de temps de travail, son évolution et sa déclinaison », SJS 2005, no 17, 1276, p. 9) et de l'article 2 de la directive de novembre 1993 (Dir. 23 nov. 1993, art. 2, modifiée par Dir. no 003/88, 4 nov. 2003

Mais le critère dominant pour la Cour de cassation est celui du « *travail commandé* », c'est-à-dire de la mission que doit effectuer le salarié.

La réalisation de cette mission ne doit pas dépasser le « *volume d'heures légales* ».

Il est donc nécessaire de distinguer le critère de l'autonomie de celui de l'indépendance.

Un travailleur indépendant est un travailleur qui exerce une profession libérale (médecin, avocat ...etc) mais cela ne l'empêche pas d'être soumis à l'autorité d'un employeur.

Il s'agit d'une « *indépendance technique* », c'est-à-dire « *dans l'exercice de leur art* ».

722 Alors qu'un salarié autonome est un salarié qui organise son travail (sa journée et ses heures de travail) comme il l'entend, nous pouvons en déduire qu'il s'agit d'une autonomie au niveau des « *conditions d'organisation* ».

Le degré d'autonomie du salarié est variable, il peut être « *un peu* » ou « *beaucoup* » autonome⁸¹².

Ledit degré d'autonomie permet au salarié de ne pas être soumis au contrôle de ses temps de travail par l'employeur.

L'article D 3171-10 du Code du travail précise dans ce sens que « *La durée du travail des salariés mentionnés à l'article L. 3121-43 est décomptée chaque année par récapitulation du nombre de journées ou demi-journées travaillées par chaque salarié* ».

Seulement, la loi ne précise pas la durée qui doit correspondre à une journée ou à demi-journée de travail pour que le salarié accomplisse sa mission. Certains pensent qu'« *en caricaturant, [...] quelques minutes suffisent* ». En outre, il est possible pour les syndicats d'imposer une durée minimale quotidienne à effectuer pour les salariés. Quant à l'employeur, celui-ci doit réussir à trouver un équilibre entre l'exercice de son pouvoir de direction et l'autonomie accordée au salarié au forfait jours. Enfin, quant aux salariés, et afin d'adopter un système de décompte de leurs jours travaillés le plus adapté, ces derniers pourraient attester lesdits jours effectués toutes les semaines ou tous les mois par exemple (en le fixant par un accord, par exemple).

L'élaboration du système du forfait jour se doit d'assurer le respect de la protection physique et mentale du salarié (§2).

⁸¹² Le Lamy social, En quoi consiste le forfait annuel en jours et comment le mettre en place ?

§ 2 : La garantie du respect de la protection physique et mentale du salarié

La durée de travail du salarié a longtemps été mise à mal face à un contexte économique sans cesse plus compétitif.

De ce fait, l'enjeu de la protection de la santé du salarié est devenu une exigence européenne, qui se doit d'être appliquée au niveau national (B).

A. L'enjeu de la protection de la santé du salarié : une exigence européenne

723 Nous pouvons nous demander en premier lieu si le système français du forfait jours est conforme au droit européen.

En effet, l'objectif essentiel de la réglementation européenne sur la durée du travail est d'assurer la protection de la santé du salarié.

Cette disposition figure au préambule de la directive européenne de 1993 remodelée en 2003, celle-ci « *garantit un meilleur niveau de protection de la sécurité des travailleurs* » et que « *sa mise en œuvre [doit garantir] les moyens visant à promouvoir l'amélioration de la santé des travailleurs au travail* ».

724 Le comité européen des droits sociaux (CEDS) a estimé quant à lui, que le forfait jours n'était pas conforme au droit européen. Pour cela il s'est fondé sur deux points : la durée de travail hebdomadaire et la rémunération des heures supplémentaires⁸¹³.

Cette autorité considère que la « ***durée hebdomadaire est potentiellement excessive*** » :

Le maximum de soixante dix-huit (78) heures hebdomadaire est une durée « *manifestement trop longue pour être qualifiée de raisonnable au sens de l'article 2 § 1 de la Charte sociale* ».

En effet, selon l'article 6, b, de la Directive du 4 novembre 2003, la durée maximale moyenne de travail hebdomadaire s'élève à 48 heures, en comptant les heures supplémentaires.

De plus, le CEDS rajoute que le système du forfait jours **ne contient pas de « garanties suffisantes »** :

La seule garantie qui est fixée est celle d'un entretien annuel.

Aucune disposition n'impose une obligation pour les accords d'établir une procédure de « *suivi* » du salarié, au niveau de la durée de travail et de la charge de travail.

⁸¹³ CEDS, 12 oct. 2004 ; CEDS, 7 déc. 2004 ; CEDS, 23 juin 2010

Cette autorité affirme que « *la procédure de négociation n'offre pas de mécanismes suffisants pour être en conformité avec ce texte* ».

Enfin, le CEDS termine par attester que les forfaits jours ne sont pas conformes au niveau de la rémunération des dépassements de jours effectués.

Le pourcentage de dix pourcent (10%) de majoration des jours supplémentaires n'est pas en accord avec l'article 4 § a de la Charte européenne accordant un « *taux de rémunération majoré pour les heures de travail supplémentaires* ».

Effectivement, le CEDS précise que ces 10 % ne sont pas suffisants « *eu égard aux nombre d'heures anormalement élevé que le salarié peut être amené à effectuer* ».

725 Face à cette censure du Comité européen, la Cour de cassation a réagi en validant le dispositif sous une certaine réserve : le système du forfait jour doit répondre aux impératifs constitutionnels et communautaires de « *protection de santé, de sécurité et de droit au repos* ».

La Cour de cassation soumet la validité des conventions forfait jours à l'inscription du respect des repos quotidien, hebdomadaires et des durées maximales de travail.

Les juges de la Cour de cassation affirment donc qu' « *en cas de défaillance du dispositif conventionnel au regard des exigences en matière de repos et de santé des travailleurs, la convention de forfait en jours pourrait être menacée* »⁸¹⁴.

726 Quant aux conventions collectives, seules deux d'entre elles ont été validées par la Cour de cassation, à savoir celle relative au secteur de la métallurgie⁸¹⁵ et celle relative au secteur bancaire⁸¹⁶, qui assurent la protection de la santé physique et mentale des salariés.

Les deux conventions collectives précitées ont reçu un « *quitus judiciaire* » de la part de la Cour de cassation⁸¹⁷.

Par exemple, au sujet de la convention forfait jours du secteur bancaire, la Cour de cassation a validé les dispositions qu'elle contenait.

Cet accord prévoyait en effet que :

- « *le décompte des journées ou des demi-journées travaillées se fait sur la base d'un système auto-déclaratif* »,

⁸¹⁴ M.-F. Mazars, P. Flores, Semaine Social Lamy, no 1499, p. 8

⁸¹⁵ [Cass. soc., 29 juin 2011, no 09-71.107](#) FS-PBRI

⁸¹⁶ Cass. soc., 17 déc. 2014, no 13-22.890

⁸¹⁷ Le Lamy Social, En quoi consiste le forfait annuel en jours et comment le mettre en place ?

- « *l'organisation du travail de ces salariés devra faire l'objet d'un suivi régulier par la hiérarchie qui veillera notamment aux éventuelles surcharges de travail* »,
- « *dans ce cas, il y aura lieu de procéder à une analyse de la situation, de prendre le cas échéant toutes dispositions adaptées pour respecter, en particulier, la durée minimale de repos quotidien [...] et de ne pas dépasser le nombre de jours travaillés...* », que « *la charge de travail confiée et l'amplitude de la journée d'activité en résultant doivent permettre à chaque salarié de prendre obligatoirement le repos quotidien...* ».

727 En vertu de ces dispositions, l'employeur a l'obligation d'assurer une durée de travail convenable au salarié, ce qui garantit **le respect du droit de la santé et du repos**.

Donc, si une convention collective ne prévoit pas de dispositions assurant le droit au repos et à la santé du salarié, ce dernier peut se référer à l'accord d'entreprise.

En effet, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 affirme qu'au sujet de la durée du travail c'est l'accord d'entreprise qui prime sur la convention collective de branche. Elle a effectué un « *renversement de la hiérarchie des normes* ».

L'accord d'entreprise peut compléter la convention collective de branche.

L'accord collectif se doit de contenir des dispositions de nature « *à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié* », sans cela il risque une censure de la part de la Cour de cassation⁸¹⁸.

Ladite exigence européenne doit être appliquée au niveau national afin d'assurer un plus grand respect de la protection physique et mentale du salarié (B).

B. Une nécessaire application des exigences conventionnelles au niveau national : un respect de la protection physique et mentale du salarié garanti

728 A première vue, nous pouvons penser que ce système permettant au salarié de gérer son temps de travail comme il l'entend et de ne pas être soumis au contrôle de l'employeur pourrait engendrer une diminution du stress et donc une amélioration de la santé physique et mentale du salarié.

Cependant, le salarié en question est soumis à une obligation de résultat, relevant de la tâche qu'il doit accomplir. Le fait d'avoir en tête un objectif à réaliser pourrait le contraindre

⁸¹⁸ [Cass. soc., 14 mai 2014, no 12-35.033](#)

personnellement à dépasser les limites légales de travail, d'empiéter sur les durées de repos légales et d'avoir une conséquence sur la santé du salarié.

729 Les salariés soumis au forfait jours effectuent de longues journées, de ce fait, ils doivent respecter les heures de repos quotidien et hebdomadaires afin **de préserver leur santé physique et mentale**. Par conséquent, ils ne peuvent effectuer plus de treize heures par jour, et l'employeur est responsable du non respect de la réglementation relative au repos quotidien.

La direction et les supérieurs hiérarchiques se doivent donc de veiller au respect du repos légal des salariés.

Dans ce sens, la plupart des entreprises rédigent une clause dans le contrat de travail du salarié afin qu'il s'engage au préalable à respecter les dispositions du repos légal.

Cette clause permet donc de protéger l'employeur.

Ne serait-il pas plus efficace de rappeler à l'ordre les salariés qui s'y soumettent.

Par exemple, l'entreprise Usine Nouvelle a mis en place un système de fermeture de l'entreprise dans l'accord pour éviter que ses salariés ne respectent pas les durées minimales de repos :

« Parallèlement, il est rappelé que les risques de dépassement de la durée maximale journalière légale du travail effectif (10 heures) seront limités par des horaires d'ouverture et de fermeture limitant l'amplitude journalière à 11 heures 30 maximum, sachant qu'1 heure 30 est la période généralement ouverte à la prise du déjeuner »⁸¹⁹.

730 La Cour de cassation, quant à elle exerce un contrôle juridictionnel précis afin de garantir la protection des travailleurs. Les salariés soumis au forfait jours sont exposés à de réels risques pour leur santé physique et mentale.

Les juges de la Haute Cour exigent dans ce sens que les dispositions conventionnelles et légales soient respectées⁸²⁰.

La Cour de cassation affirme que l'entretien annuel entre le salarié et son supérieur hiérarchique, ainsi que l'examen trimestriel réalisé par la direction ne suffisent pas à garantir le respect de la santé et de la sécurité du salarié :

⁸¹⁹ Accord Usine Nouvelle, 16 févr. 2000

⁸²⁰ Cass. soc., 10 déc. 2008, n° 07-42669 ; pour ce qui est de l'éligibilité des salariés au forfait en jours vu par les cours d'appel, v. L. Beaujot et S. Kersting, « Le forfait jours vu par les cours d'appel », Cah. soc., nov. 2013, p. 484, n° 111r5.

En effet, « Les dispositions conventionnelles qui se limitent à prévoir, s'agissant de l'amplitude et de la charge de travail, un entretien annuel entre le salarié et son supérieur hiérarchique, et un examen trimestriel par la direction des informations communiquées sur ces points par la hiérarchie, ne sont pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et à assurer « une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et donc à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié »⁸²¹.

Selon la Cour de cassation, les dispositions susvisées sont illicites, par conséquent le forfait jour en est privé d'effet.

De même pour une convention forfait jours qui n'imposait qu'un « *suivi spécifique au moins deux fois par an* »⁸²².

731 Par ailleurs, l'article L 3131-46 du Code du travail prévoit un entretien annuel individuel pour le salarié soumis au forfait jour, mais celui-ci est insuffisant.

Deux entretiens minimums doivent intervenir dans l'année.

Seulement, une controverse doctrinale existe sur le fait de savoir si les salariés soumis au forfait jours bénéficient d'un temps de pause minimal dans la journée.

Selon Jacques BARTHELEMY, l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur impose implicitement le respect de ces temps de pause. Cet auteur affirme que « *Du fait du degré élevé d'autonomie autorisant le recours au forfait en jours et de la liberté qui en résulte en termes d'organisation des temps de travail, la pause est non seulement un droit, mais aussi une obligation dont les modalités sont ici nécessairement laissées à l'initiative du cadre concerné* »⁸²³.

A contrario, M. Hubert ROSE précise que les salariés soumis au forfait jour n'ont pas de durée maximale à respecter, de ce fait, les dispositions légales relatives aux pauses n'ont pas à être respectées pour eux. Cet auteur parle d'un « *étalon horaire* » pour les temps de pause, et rajoute qu'il s'agit d'un « *étalon en jour* » pour le forfait jours, qui exclut la réglementation légale des temps de pause⁸²⁴.

Cette démonstration se rapproche de l'interprétation que l'on peut faire de l'article 17 de la directive du 4 novembre 2003. Selon cet article, les salariés qui ne sont pas soumis à une

⁸²¹ [Cass. soc., 26 sept. 2012, no 11-14.540](#)

⁸²² [Cass. soc., 24 avr. 2013, no 11-28.398](#)

⁸²³ Extrait de « L'arrêt Blue Green en débat », Semaine sociale Lamy, no 1327, 5 nov. 2007, Jacques Barthélémy

⁸²⁴ Extrait de « L'arrêt Blue Green en débat », Semaine sociale Lamy, no 1327, 5 nov. 2007, Hubert ROSE

durée du temps de travail prédéterminée peuvent déroger aux temps de pause légaux lorsqu'il s'agit « *de cadres dirigeants ou d'autres personnes ayant un pouvoir de décision autonome* » :

« 1. Dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, les États membres peuvent déroger aux articles 3 à 6, 8 et 16 lorsque la durée du temps de travail, en raison des caractéristiques particulières de l'activité exercée, n'est pas mesurée et/ou prédéterminée ou peut être déterminée par les travailleurs eux-mêmes et notamment lorsqu'il s'agit:

a) *de cadres dirigeants ou d'autres personnes ayant un pouvoir de décision autonome;*
(...) »⁸²⁵.

732 En définitive, les règles du repos quotidien et hebdomadaires doivent être cependant scrupuleusement suivies.

Le Code du travail n'exige plus de l'accord collectif relatif au forfait jours, une procédure de suivi et d'évaluation de la charge de travail des salariés en question.

Cependant, ladite procédure est importante pour la Cour de cassation car elle permet de vérifier le respect des repos quotidien et hebdomadaires.

Il est donc conseillé au salarié de réaliser un écrit où il inscrit ses journées et demi journées de travail, ainsi que ses jours de repos.

De plus, son supérieur hiérarchique direct peut réaliser un suivi régulier.

Enfin, ledit suivi peut résulter d'un entretien annuel (article L 3121-46 du Code du travail), qui « *porte sur la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale, ainsi que sur la rémunération du salarié* ».

La procédure de suivi du salarié est indispensable pour assurer la protection de sa santé physique et mentale. Sinon la convention de forfait serait illicite et donc sans effet⁸²⁶.

Dans ce cas, le salarié a droit au paiement des heures supplémentaires effectuées⁸²⁷, ainsi qu'une « *indemnisation spécifique pour heures dissimulées* »⁸²⁸.

⁸²⁵ Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, article 17

⁸²⁶ [Cass. soc., 29 juin 2011, no 09-71.107](#) ; [Cass. soc., 2 juill. 2014, no 13-11.940](#)

⁸²⁷ [Cass. soc., 29 juin 2011, no 09-71.107](#)

⁸²⁸ [Cass. soc., 19 févr. 2014, no 12-22.174](#) et no 12-28.170

Lesdites sanctions sont applicables si l'employeur ne se soumet pas à son obligation d'entretien annuel.

733 Il est important de relever que de nombreux salariés soumis au forfait jour sont victimes d'une « *surcharge de travail* » par l'employeur, ce qui peut rendre la convention de forfait jours illicite et donc inopposable au salarié.

De plus, ledit salarié peut utiliser son « *droit d'alerte* », afin de contraindre son employeur à dialoguer avec lui et à prendre les mesures nécessaires pour lutter contre les difficultés du salariés.

Un cadre qui souhaite dépasser son quotat de jours, peut le faire à condition de respecter son obligation du droit au repos : en « *affectant ses jours de repos dans un compte épargne temps* » et en « *rachetant directement ses jours de repos* »⁸²⁹.

L'article L 3121-45 du Code du travail permet un rachat direct desdits jours de repos sans passer par le compte épargne temps.

De plus, l'article L 3121-45 du Code du travail établit un plafond quant au dépassement des jours effectués et précise qu' « *Un avenant à la convention de forfait conclue entre le salarié et l'employeur détermine le taux de la majoration applicable à la rémunération de ce temps de travail supplémentaire, sans qu'il puisse être inférieur à 10 %* ».

De ce fait, un cadre au forfait jours ne peut effectuer plus de deux cent trente cinq (235) jours par an.

En vertu de ce dépassement de forfait jours, le salarié en question a droit à des dommages et intérêts (article L 3121-47 du Code du travail). Il s'agit d'une indemnité relative au préjudice subi évaluée en fonction du salaire pratiqué dans l'entreprise.

734 Enfin, il faut savoir que plusieurs causes peuvent engendrer l'illicéité d'un forfait jours :

- tout d'abord lorsqu'un salarié ne remplit pas les conditions d'autonomie requises pour relever du forfait jour,
- lorsqu'il n'existe pas d'accord collectif à cet effet ou que le salarié n'a pas accepté d'être soumis au forfait jour,
- lorsque la convention collective relative au forfait jours « **ne prévoit pas les garanties suffisantes pour assurer la protection de la santé et de la sécurité du salarié** ».

⁸²⁹ [L. no 2008-111, 8 févr. 2008](#), art. 1er

Dans ces conditions, le forfait jour s'avèrerait être nul et donc non opposable au salarié, qui a toute légitimité pour exiger l'application du droit commun relatif au temps de travail⁸³⁰, ainsi qu'une indemnité pour travail dissimulé⁸³¹.

Outre la grandissante prise en compte du droit d'autonomie du salarié, l'avènement du « droit à la parentalité » est susceptible de garantir une meilleure conciliation vie privée / vie professionnelle (Sous-section 2).

Sous-section 2 : Une meilleure conciliation vie privée / vie professionnelle à travers l'avènement du « droit à la parentalité »

La conciliation vie privée / vie professionnelle du salarié peut être entravée par la mise en place du travail dominical (§1), qui de ce fait est très encadré, mais elle peut être renforcée par la consécration du congé parental (§2).

§ 1 : Le travail dominical : une entrave encadrée du « droit à la parentalité »

735 Selon de nombreuses études, environ trente pourcent (30 %) des salariés français disent travailler le dimanche.

*« Tout en gardant cette qualification de journée pas comme les autres, les représentations, les vécus, les pratiques du dimanche sont en forte évolution. D'un espace temps marqué, essentiellement, par une activité familiale, le dimanche évolue vers des espaces dédiés à de multiples usages, voire à des mixités d'usage »*⁸³².

De plus, la rentabilité économique de certains commerces ouverts le dimanche est un facteur, qui permet de déroger au repos dominical.

C'est l'influence ancienne de la coutume des pays européens qui a instauré le repos hebdomadaire le jour du dimanche.

Ce qui permet aux salariés ne pouvoir s'adonner en toutes libertés à leurs activités privées, que celle-ci relèvent de leur vie familiale, mais aussi de leurs aspirations culturelles, religieuses ... etc.

⁸³⁰ [Cass. soc., 29 juin 2011, no 09-71.107](#)

⁸³¹ [Cass. soc., 19 févr. 2014, no 12-22.174](#) et no 12-28.170 ; [Cass. soc., 2 juill. 2014, no 13-11.940](#)

⁸³² Conseil économique et social, La mutation de la société et les activités dominicales, Rapport de Jean-Paul Bailly, 2007, p. 43

L'article L 3132-3 du Code du travail affirme que « Dans l'intérêt des salariés, le repos hebdomadaire est donné le dimanche », et rajoute dans son article L 3132-3-1 que « Le refus d'un demandeur d'emploi d'accepter une offre d'emploi impliquant de travailler le dimanche ne constitue pas un motif de radiation de la liste des demandeurs d'emploi ».

Il a été difficile d'élaborer le système du travail dominical (A), qui s'avère d'ailleurs très encadré (B).

A. L'élaboration du système du travail dominical

736 C'est la loi n° 2009-974 du 10 août 2009, dite Mallié qui régit le travail dominical⁸³³.

Ladite loi visant à élargir les possibilités de dérogation au principe du repos dominical pour les commerces de détail a fait couler beaucoup d'encre.

Le domaine du repos dominical est assez sensible car « *il s'agit d'un sujet sensible qui recouvre simultanément le droit du travail et des préoccupations quant à la **vie privée** d'une part, l'évolution des modes de consommation et la concurrence des diverses formes de commerce d'autre part* »⁸³⁴.

En effet, un salarié qui travaille le dimanche ne va pas pouvoir exercer sa vie privée comme il l'entend, et donc ne pas pouvoir « *s'occuper de sa famille* »⁸³⁵.

Cette loi a étendu le domaine des dérogations du repos dominical « à tous les commerces et durant toute l'année dans les communes d'intérêt touristique, dans les communes thermales ainsi que dans les zones touristiques d'affluence exceptionnelle ». C'est elle aussi qui est à l'origine de la création de périmètres d'usage de consommation exceptionnel dominical (PUCE).

L'extension du domaine des dérogations du repos dominical instaurée par cette loi engendre des conséquences de plus en plus lourdes pour la problématique de la conciliation vie privée / vie professionnelle du salarié.

⁸³³ LOI n° 2009-974 du 10 août 2009 : le principe du repos dominical

⁸³⁴ Conseil économique et social, Consommation, commerce et mutations de la société, Rapport de Léon Salto, 2007, p. I-23

⁸³⁵ Pour une réflexion sur le droit du travail et la famille, cf. K. Garcia, Le droit du travail et la famille, Dr. soc., no 1, janvier 2009, p. 12

737 Même si l'objectif initial du législateur était « *d'accorder des garanties juridiques et social tout en élargissant les possibilités d'ouverture* »⁸³⁶.

La loi précise que le travail dominical est possible « *pour les salariés volontaires* ».

En pratique, cette disposition ne concerne pas les zones touristiques.

Quant à la législation relative au repos dominical, celle-ci ne s'applique pas pour les cadres dirigeants (article L 3111-2 du Code du travail).

De même un commerçant et sa famille peuvent travailler le dimanche, en effet, la jurisprudence instaure une exception pour le cas de l'entraide familiale⁸³⁷.

738 A contrario, le principe juridique du repos dominical est renforcé par la procédure du référé dominical ou par l'action pénale instaurée par le Code du travail :

L'article L 3132-31 du Code du travail précise que « l'inspecteur du travail peut saisir en référé le président du TGI pour ordonner le cas échéant sous astreinte, la fermeture de l'établissement de vente de détails ou de prestations de service le dimanche, s'il ne respectait pas le repos dominical. ».

De ce fait, « il lui appartient seulement d'établir par tous moyens, et en usant des pouvoirs qu'il tient des articles L. 8113-1, L. 8113-2 et L. 8113-4 du Code du travail, l'emploi illicite qu'il entend faire cesser et dont il atteste dans le cadre de l'assignation »⁸³⁸.

L'article L 8113-7 du Code du travail rajoute que l'inspecteur du travail peut saisir le juge pénal.

739 En outre, plusieurs exceptions relatives au principe du repos dominical ont été instaurées par la législation⁸³⁹, qu'il s'agisse de dérogations permanentes, de dérogations conventionnelles et de dérogations temporaires !

- D'une part, les **dérogations permanentes de droit au repos dominical** concernent les établissements dont le fonctionnement ou l'ouverture est rendu nécessaire par les contraintes de la production, de l'activité ou les besoins du public.

Il s'agit en vertu de l'article R 3132-5 du Code du travail des « *industries dans lesquelles sont utilisées les matières susceptibles d'altération très rapide et celles dans lesquelles toute*

⁸³⁶ Le travail dominical : réflexions juridiques autour d'une loi politiquement contestée, Daniel PERRON (docteur en droit) Petites affiches 18 novembre 2009 n° 230

⁸³⁷ [Cass. soc., 4 juin 2002, no00-10.655](#)

⁸³⁸ [Cass. soc., 10 mars 2010, no 08-17.044P](#)

⁸³⁹ [L. no 2009-974, 10 août 2009](#) ; [D. no 2009-1134, 21 sept. 2009](#)

interruption de travail entraînerait la perte ou la dépréciation du produit en cours de fabrication ainsi que les catégories d'établissements et établissements mentionnés dans le tableau suivant », à savoir « les hôtels et restaurants, les entreprises de spectacles, les musées et expositions, certaines entreprises de transport, les entreprises d'éclairage, de distribution d'eau et de production d'énergie, les magasins de fleurs naturelles, la fabrication de produits alimentaires destinés à la consommation immédiate... »

Les entreprises précitées bénéficient donc d'une autorisation de dérogation à la règle du repos dominical. En effet, le repos hebdomadaire est « **accordé par roulement** » pour lesdits salariés.

Ces dérogations permanentes concernent aussi les « *établissements qui fonctionnant de jour comme de nuit avec des équipes en alternance, ont suspendu pendant douze heures consécutives au moins chaque dimanche, les travaux autres que les travaux urgents et les travaux de nettoyage et de maintenance mentionnés aux articles L 3132-4 et L 3132-8 du Code du travail* ».

Lesdits établissements peuvent accorder le repos hebdomadaire par roulement (article R 3132-7 du Code du travail).

De plus, les commerces de détail alimentaires bénéficient aussi de dérogations permanentes.

L'article L 3132-3 13 du Code du travail affirme que « *Dans les commerces de détail alimentaire, le repos hebdomadaire peut être donné le dimanche à partir de treize heures* ».

Ils bénéficient alors « *d'un repos compensateur, par roulement et par quinzaine, d'une journée entière* ».

Il s'agit des établissements de vente de denrées alimentaires au détail (article R 3132-8 du Code du travail).

Enfin, les commerces de détails non alimentaires situés dans des communes ou zones touristiques profitent d'une dérogation permanente.

- D'autre part, **une convention ou un accord collectif étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peuvent prévoir des dérogations au repos dominical.**

Il s'agit en premier lieu des entreprises qui sont soumises à une obligation de « *travail en continu* », pour « *des raisons économiques* ».

Dans ce cas, le repos hebdomadaire est accordé par roulement.

Si aucun accord n'est prévu à cet effet, l'inspecteur du travail peut accorder une dérogation (après consultation des délégués syndicaux, du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, article L 3132-14 du Code du travail).

Notons qu'une dérogation conventionnelle est accordée pour les équipes de suppléance des entreprises industrielles. En effet, l'article L 3132-16 du Code du travail précise « *le personnel d'exécution fonctionne en deux groupes dont l'un, dénommé équipe de suppléance, a pour seule fonction de remplacer l'autre pendant le ou les jours de repos accordés au premier groupe* ».

De même que pour le travail en continue, l'inspecteur du travail peut donner son autorisation, à défaut d'accord conventionnel.

- Enfin, le dernier type de dérogations concerne les **dérogations temporaires** :

Nous pouvons citer tout d'abord les dérogations accordées par le préfet, lorsque le repos commun de tous les salariés le dimanche s'avérerait préjudiciable pour le public (article L 3132-20 du Code du travail).

L'inconvénient principal du travail dominical réside dans le fait que le salarié ne pourra s'occuper de sa famille, de ce fait, il reste très encadré (B).

B. Le travail dominical : des mesures encadrées

740 En principe, un salarié qui refuse de travailler le dimanche ne peut faire l'objet d'une quelconque sanction (article L 3132-25-3 et L 3132-25-4 du Code du travail).

Des dérogations temporaires à ce principe sont accordées aux :

- établissements de vente au détail situés dans les communes d'intérêt touristique ou thermal et dans les zones touristiques d'affluence exceptionnelle ou d'animation culturelle permanente (article L 3132-25) et
- aux unités urbaines de plus de un million d'habitants, les PUCE (périmètre d'usage de consommation exceptionnel).

Le repos hebdomadaire est accordé dans ces deux cas par roulement.

741 Le salarié qui travaille le dimanche bénéficie d'une priorité pour un emploi ne comportant pas le dimanche.

En effet, lorsqu'aucun accord collectif ne le précise, « *L'employeur demande chaque année à tout salarié qui travaille le dimanche s'il souhaite bénéficier d'une priorité pour occuper ou reprendre un emploi ressortissant à sa catégorie professionnelle ou un emploi équivalent ne comportant pas de travail le dimanche dans le même établissement ou, à défaut, dans la même entreprise* » (article L 3132-26-4 du Code du travail).

Le salarié peut le demander quand il le désire.

Cet article rajoute qu' « *En l'absence d'accord collectif, le salarié privé de repos dominical conserve la faculté de refuser de travailler trois dimanches de son choix par année civile. Il doit en informer préalablement son employeur en respectant un délai d'un mois* ».

742 Quant à l'article L 3132-3-1 du Code du travail, celui-ci permet au salarié de refuser un emploi lorsque celui-ci impose de travailler le dimanche.

Seulement, lorsque le salarié habite dans une « *commune d'intérêt touristique* », il n'y a généralement pas d'autres offres d'emplois. Dans ce cas il est logique pour le futur salarié de « *sacrifier sa vie de famille* » pour subvenir à ses besoins.

Certains auteurs ont précisé qu' « *Au crédit du maintien de la règle générale il faut inscrire le rôle social du principe et la protection de la personne : en premier lieu dominant les exigences d'ordre familial. L'équilibre de la vie familiale est d'autant mieux préservé que l'interruption d'activité des parents et des enfants est simultanée* »⁸⁴⁰.

743 Au sujet des PUCE, celles-ci fonctionnent via le système du volontariat, en effet selon l'article L 3132-25-4 du Code du travail « *seuls les salariés volontaires ayant donné leur accord par écrit à leur employeur peuvent travailler le dimanche* ».

Cet article prévoit à la charge de l'employeur l' « ***obligation d'information de la possibilité pour le salarié d'une priorité de non-emploi dominical*** » mais aussi le « ***droit de refuser de travailler le dimanche*** ».

Enfin, les salariés qui ne sont pas protégés par un accord collectif peuvent refuser de travailler trois dimanches par an.

L'employeur qui doit être prévenu au préalable un mois avant ne dispose d'aucun droit de d'opposition. Nous pouvons y voir une restriction de son pouvoir de direction.

⁸⁴⁰ F. Fevenec-Hery et B. Grassi, loc. cit., p. 338

Daniel PERRON parle d'une « *création [sur le papier] d'un véritable droit d'autorité de l'employé sur l'employeur* »⁸⁴¹.

744 Certaines propositions ont été élaborées en faveur d'une meilleure conciliation vie privée / vie professionnelle :

Au cours de l'année 2014, une question avait été posée au ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social sur le travail le dimanche par le député de l'Allier M. Bernard LESTERLIN.

Le fondateur et président-directeur général de Bricorama avait sollicité le gouvernement afin d'obtenir une autorisation du travail le dimanche.

Il est nécessaire de soulever que ladite demande porte atteinte à la vie privée des salariés.

Par conséquent, le ministre du travail a demandé au dirigeant français Jean-Paul BAILLY de rédiger un rapport, prenant en compte le « *dialogue social* » et « **renforçant les droits des salariés** ».

Le repos dominical étant un enjeu essentiel pour la conciliation vie privée / vie professionnelle, le rapport sur le travail dominical⁸⁴² avait préconisé de limiter le travail le dimanche aux « *activités et commerces considérés comme essentiels au fonctionnement de la société le dimanche* » : en premier lieu la santé et la sécurité, puis les transports et les activités dominicales.

Ce rapport préconisait aussi de supprimer les PUCE (périmètres d'usage, de consommation exceptionnelle) en les remplaçant par des PACC (périmètres d'animation concertés commerciaux) et les PACT (périmètres d'animation concertés touristiques).

Dans ces deux derniers périmètres, il aurait été élaboré une exception au repos dominical, relevant d'un accord collectif ou d'une décision unilatérale de l'employeur adhéree par les salariés.

Enfin, les salariés qui devront être volontaires pour travailler le dimanche devront bénéficier de compensations : doublement de la rémunération, et repos compensateur ayant pour objectif de **garantir une bonne conciliation vie privée / vie professionnelle**.

⁸⁴¹ Le travail dominical : réflexions juridiques autour d'une loi politiquement contestée, Daniel PERRON (docteur en droit), Petites affiches 18 novembre 2009 n° 230

⁸⁴² Rapport sur le travail dominical, Gazette du Palais, 07 janvier 2014 n° 7, p. 4

745 Notons donc qu'un employeur qui souhaite retirer le repos dominical à un de ses salariés, peut se voir opposer le refus du salarié, car son initiative constitue une modification du contrat de travail⁸⁴³.

En effet, nous avons vu précédemment qu'une modification des horaires de travail ne constituait pas en principe une modification du contrat de travail, sauf lorsque ledit changement prive le salarié du repos dominical :

Citons un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 2 mars 2011⁸⁴⁴.

En l'espèce, un salarié se voit proposer des nouveaux horaires de travail, incluant le jour du dimanche.

Ce dernier, continuant à travailler selon ses anciens horaires, a été licencié pour faute grave.

La Cour de cassation s'est rangée du côté du salarié en annulant le licenciement dont il a fait l'objet, pour motif que car « *la nouvelle répartition de l'horaire de travail avait pour effet de priver le salarié du repos dominical, ce qui constituait une modification de son contrat de travail qu'il était en droit de refuser* ».

746 Par ailleurs, il convient de distinguer le travail le jour du dimanche et le samedi.

Précisons que le samedi est un jour ouvrable (tous les jours de la semaine à l'exception du jour du repos hebdomadaire, en grande majorité le dimanche et les jours fériés).

En effet, la Cour de cassation considère qu'un employeur qui demande aux salariés de travailler le samedi exerce son pouvoir de direction⁸⁴⁵.

747 Quant au travail le dimanche, la Cour de cassation a affirmé lors d'un arrêt du 17 novembre 2004, que la demande d'un employeur à son salarié de travailler deux dimanche sur trois et non plus un dimanche sur trois constituait une modification du contrat de travail⁸⁴⁶.

Nous pouvons déduire que la solution de la Cour de cassation du 2 mars 2011 a « **valeur de principe** », en ce qu'elle institue : que « **priver le salarié du repos dominical constitue une modification de son contrat de travail** ».

⁸⁴³ Cass. soc., 2 mars 2011, no 09-43.223 ; [Cass. soc., 26 sept. 2012, no 11-18.410](#)

⁸⁴⁴ Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-43.223, FS-P+B, M. J. c/ SARL Le Café Pierre et a. : [JurisData n° 2011-002611](#)

⁸⁴⁵ Cass. soc., 17 oct. 2000, n° 98-42.264 : [JurisData n° 2000-006274](#) ; Bull. civ. 2000, V, n° 328 ; TPS 2000, comm. 382, 2e arrêt. – Cass. soc., 27 juin 2001, n° 99-42.462 : [JurisData n° 2001-010333](#) ; Bull. civ. 2001, V, n° 234 ; TPS 2001, comm. 325. – Cass. soc., 26 oct. 2004, n° 02-43.233 : [JurisData n° 2004-026213](#) ; Bull. civ. 2004, V, n° 334 ; [TPS 2005, comm. 75](#)

⁸⁴⁶ Cass. soc., 17 nov. 2004, n° 02-46.100 : [JurisData n° 2004-025674](#) ; Bull. civ. 2004, V, n° 292 ; Dr. soc. 2005, p. 227, obs. Ch. Radé

Cette solution a donc permis de renforcer la législation :

En effet, l'article L 3132-3 du Code du travail « *réaffirme le principe du repos dominical et vise à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grande agglomérations pour les salariés volontaires* » et rajoute que « *Dans l'intérêt des salariés, le repos hebdomadaire est donné le dimanche* »⁸⁴⁷.

De plus, l'article L 3132-25-4 autorise seulement les salariés volontaires à travailler le dimanche.

D'autant plus qu'un employeur ne peut se fonder sur le refus de travailler le dimanche pour sanctionner un salarié, il s'agirait d'une mesure discriminatoire.

Rappelons que les règles précitées ne concernent pas la catégorie des dérogations permanentes de droit prévues pour les établissements « *dont le fonctionnement ou l'ouverture est rendu nécessaire par les contraintes de la production, de l'activité ou les besoins du public* » (art. L. 3132-12 du Code du travail) ou pour les commerces de détail alimentaire (art. L. 3132-13 du Code du travail).

Il est donc conseillé à un employeur souhaitant modifier les horaires de travail du salarié, ayant comme conséquence de travailler le dimanche d'obtenir l'accord de ce dernier.

748 Quid de la clause contractuelle de variation des horaires imposant de travailler le dimanche ?

La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur le sujet mais nous pouvons considérer qu'en fonction des décisions rendues, elle y apportera une réserve.

Elle a affirmé lors d'un arrêt du 5 juin 2001 que « la clause contractuelle, qui se borne à rappeler la règle de droit commun selon laquelle l'employeur peut changer l'horaire de travail selon les nécessités du service, est inopérante »⁸⁴⁸.

Du côté de la doctrine, un consensus a été affirmé concernant la clause de variation d'horaires, à deux conditions :

- qu'elle fasse l'objet d'un strict encadrement,
- qu'elle soit contrôlée par le juge lors de son élaboration⁸⁴⁹.

⁸⁴⁷ [L. n° 2009-974, 10 août 2009](#) : [Journal Officiel 11 Aout 2009](#) ; [JCP S 2009, 1380](#)

⁸⁴⁸ Cass. soc., 5 juin 2001, n° 98-44.781 : [JurisData n° 2001-009949](#) ; Bull. civ. 2001, V, n° 206

⁸⁴⁹ Cass. soc., 17 nov. 2004, n° 02-46.100 : [JurisData n° 2004-025674](#) ; Bull. civ. 2004, V, n° 292 ; Dr. soc. 2005, p. 227, obs. Ch. Radé. – P.-H. Antonmattéi, Les clauses du contrat de travail : Éditions liaisons, 2e éd., p. 61

En suivant ce raisonnement, nous pouvons déduire qu'une clause de variation d'horaires comportant le jour du dimanche étant bien encadrée sera très difficile à remettre en cause. Seule une atteinte injustifiée et disproportionnée à la vie privée du salarié pourrait rendre cette clause illicite⁸⁵⁰.

749 L'élaboration de la loi pour la croissance d'activité dit « Macron » propose de nouvelles dispositions relatives au travail du dimanche, en se référant au rapport Bailly.

Les dispositions instaurées consistent à :

- remplacer les PUCE et les zones touristiques par les zones commerciales (ZC) et les zones touristiques (ZT). Les commerces relatifs à ces deux dernières zones pourront ouvrir le dimanche à condition de signer un accord au préalable. Cet accord doit prévoir des contreparties pour les salariés, ainsi qu'un système de volontariat.

Quant aux zones touristiques dites de « rayonnement international », le repos hebdomadaire sera accordé par roulement et pourront ouvrir en soirée.

- une augmentation des « dimanches du maire », cela permettrait au maire d'autoriser l'ouverture des commerces de détail non alimentaires de 12 dimanches et non plus 9.

750 Le rapport Bailly insiste sur le principe de volontariat du salarié, ainsi que son droit de refus. Ce dernier ne pouvant faire l'objet d'aucune sanction de l'employeur. De plus, l'accord collectif se doit de prévoir des garanties pour le salarié.

Il faut savoir que cette loi a suscité de nombreuses contestations, en particulier du côté de l'UNAF (Union nationale des associations familiales).

Cette association affirme que cette éventuelle dérogation au nombre de dimanches travaillés viendrait porter atteinte au « rôle éducatif » des parents, ce qui engendrerait une « désorganisation des familles ».

L'augmentation des « dimanches du maire » autoriserait donc l'employeur à faire travailler son salarié un dimanche sur 4.

De ce fait, les familles se trouveraient « désorganisées » mais devront aussi recourir à des « modes de garde atypiques ».

⁸⁵⁰ La semaine juridique Social n° 24, 14 Juin 2011, 1283, Travail dominical et modification du contrat de travail, Commentaire par Mickael D'ALLENDE avocat spécialiste en droit social

L'UNAF se demande même « *Comment exiger que les parents soient les principaux éducateurs de leurs enfants, tout en les privant du temps nécessaire pour s'investir dans cette tâche ?* ».

Enfin, il est nécessaire de soulever le problème des familles monoparentales, qui n'ont aucune solution pour la garde des enfants.

L' « *extension* » du domaine du travail dominical élaborée par cette loi risque d'accroître la problématique de conciliation vie privée / vie professionnelle du salarié.

Par conséquent, le droit à la parentalité sera concrétisé grâce au congé parental (§2).

§ 2 : La concrétisation du « droit à la parentalité » à travers le congé parental

751 L'article L 1225-17 du Code du travail prévoit que « *La salariée a le droit de bénéficier d'un congé de maternité pendant une période qui commence six semaines avant la date présumée de l'accouchement et se termine dix semaines après la date de celui-ci* ».

La durée minimum du congé de maternité est de seize semaines, mais elle peut être prolongée en cas de naissance multiple (article L 1225-18), à partir du troisième enfant (article L 1225-19) ou d'état pathologique (article L 1225-21).

Quant au congé paternité a été introduit en France et dans les Etats européens pour « *encourager les pères à participer à la garde et à l'éducation de leurs enfants* »⁸⁵¹.

L'article L 1225-35 du Code du travail prévoit qu' « *Après la naissance de son enfant et dans un délai déterminé par décret, le père salarié bénéficie d'un congé de paternité de onze jours consécutifs ou de dix-huit jours consécutifs en cas de naissances multiples* ».

Le congé d'adoption régi par l'article L 1225-37 du Code du travail varie en fonction du fait qu'il soit pris par un seul des deux parents ou par les deux.

Dans le premier cas, le congé est de dix semaines pour les deux premiers enfants, de 18 semaines pour trois enfants et de 22 semaines en cas d'adoption multiple.

Dans le second cas, la durée est augmentée de onze jours calendaires.

Il a été difficile d'élaborer le système du droit à la parentalité (A), qui sera à l'origine de la mise en place de nouvelles solutions (B).

⁸⁵¹ Les congés liés à la naissance d'un enfant : Étude de législation comparée du Sénat, n° 200, oct. 2009, p. 11

A. La difficile élaboration d'un droit à la parentalité

752 Le salarié en congé parental n'est pas rémunéré, mais une convention collective plus favorable peut instituer le maintien total ou partiel du salaire.

L'ensemble des pays de l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économique) ont pris conscience de l'enjeu de la parentalité et essayent de mettre en œuvre une politique de soutien des parents *« dans l'exercice de leur fonction parentale, en complément de services permettant de mieux concilier vie personnelle et vie professionnelle, et de prestations monétaires familiales »*.

Il serait en effet judicieux pour les entreprises de communiquer et d'informer d'autant plus leurs salariés parents ou futurs parents sur les *« services de soutien disponibles »*.

Dans ce sens, certaines propositions de lois montrent que l'amélioration des différents congés parentaux serait bénéfique pour une meilleure conciliation de la vie familiale avec la vie professionnelle⁸⁵².

Il serait légitime de reconnaître expressément un droit à la vie familiale du salarié, afin de le placer au même niveau que les droits fondamentaux et les libertés de l'individu.

En effet, il est nécessaire de souligner que le droit à la parentalité n'est pas une *« affaire de femmes »*.

Les hommes ne doivent pas subir de discrimination sur la prise de congés parentaux en fonction de leur sexe, même si à l'origine le congé de maternité a été mis en place *« avant tout [pour] pour permettre à la mère de se remettre de la fatigue de l'accouchement et d'allaiter son nouveau-né si elle le souhaite »*⁸⁵³.

C'est en ce sens que le congé de maternité et le congé de paternité diffèrent.

753 Cependant, le congé parental, lui, a pour *« but de permettre au bénéficiaire de rester au foyer pour s'occuper en personne du nourrisson »*, *« lui apporter des soins »*.

Dans ce cas, le père et la mère sont placés dans des *« situations analogues »*⁸⁵⁴.

⁸⁵² Voir la proposition de loi destinée à *« élargir les conditions d'accès au congé parental d'éducation »* – AN, prop. de loi n° 118, 24 juill 2012 – propose une nouvelle répartition du congé parental article L 1125-48 du Code du travail

⁸⁵³ CEDH, 27 mars 1998, Petrovic c/ Autriche : Rec. CEDH 1998, I, § 36. – Comp.CEDH, 31 mars 2009, Weller c/ Hongrie : [JCP G 2009, 143](#), n° 28, obs. F. Sudre

⁸⁵⁴ CEDH, 27 mars 1998, Petrovic c/ Autriche : Rec. CEDH, 1998, I, § 36

La Cour européenne a considéré que le raisonnement de la Cour constitutionnelle russe « *perpétuait les stéréotypes liés au sexe que les sociétés européennes contemporaines tentent de combattre* ».

Enfin, le droit de parentalités des papas ne « *s'arrête pas aux portes des casernes* ».

755 Notons que la seule restriction au congé parental qui est licite est celle de la sécurité nationale, qui doit être justifiée, par la « *rareté de la compétence technique du militaire en cause* » ou « *par sa participation à des opérations militaires* », par exemple.

La vie privée du militaire se verrait restreinte pour un impératif de sécurité nationale.

Nous retrouvons toujours cette idée de hiérarchie entre les libertés fondamentales.

Nous pouvons en déduire qu'un salarié qui aurait un poste clef dans une entreprise dont les enjeux sont relatifs à la sécurité nationale pourrait se voir opposer une restriction dans son droit à la parentalité, en lui réduisant ou lui refusant son congé de parentalité.

A l'instar du droit à la parentalité, la Cour européenne des droits de l'homme et du citoyen ne reconnaît pas le droit de la conciliation vie familiale et vie professionnelle, mais elle condamne « *l'absence d'effectivité d'une mesure de droit interne favorisant l'équilibre familial et professionnel* ».

De nouvelles solutions vont être adoptées afin de concrétiser ce droit à la parentalité (B) permettant de concilier d'autant plus la vie privée avec la vie professionnelle du salarié.

B. Vers de nouvelles solutions

756 L'article L 1225-47 du Code du travail instaure le droit pour le ou la salarié (e) d'obtenir un congé parental d'éducation :

« *Pendant la période qui suit l'expiration du congé de maternité ou d'adoption, tout salarié justifiant d'une ancienneté minimale d'une année à la date de naissance de son enfant, adopté ou confié en vue de son adoption, ou de l'arrivée au foyer d'un enfant qui n'a pas encore atteint l'âge de la fin de l'obligation scolaire a le droit :*

1° Soit au bénéfice d'un congé parental d'éducation durant lequel le contrat de travail est suspendu ;

2° Soit à la réduction de sa durée de travail, sans que cette activité à temps partiel puisse être inférieure à seize heures hebdomadaires ».

Toujours dans un objectif de conciliation vie privée / vie professionnelle, il s'agit d'un congé non rémunéré, permettant au salarié de conserver son travail car son contrat de travail en est suspendu, mais aussi d'obtenir un « *complément de libre choix d'activité* ».

Les études montrent que la grande majorité des salariés qui ont recouru au congé parental sont des femmes. De plus, même si leur contrat de travail est suspendu, 88% d'entre elles retrouvent leur travail alors que les autres sont « *sorties du marché et risquent de ne pas pouvoir y revenir facilement* »⁸⁵⁹.

757 De plus, nous avons assisté à une tentative avortée de conciliation de vie privée / vie familiale à travers la mise en place du CLCA (complément de libre choix d'activité) :

Le Haut conseil de famille (HCF) proposait d'annexer le congé parental classique de trois ans avec un congé parental plus court et mieux rémunéré dès le deuxième enfant.

De plus, il suggérait de mettre en place une période de deux mois non transmissible à celui des deux parents n'ayant pas bénéficié du CLCA, ce qui permettait de stimuler le droit de congé de parental des pères.

Le HCF sollicitait les pouvoirs publics « *à alléger les contraintes pesant sur les parents souhaitant **concilier vie familiale et professionnelle** en développant l'offre de garde, en améliorant les conditions de travail et en favorisant l'accompagnement vers l'emploi des bénéficiaires du CLCA* ».

Cette réforme a été mise de côté par le ministère du travail, d'autant que les associations familiales s'indignaient de son raccourcissement⁸⁶⁰.

Le gouvernement s'est employé à améliorer la formation professionnelle et l'employabilité des femmes suite au congé parental.

De plus, il a annoncé la création de dix mille places de crèches d'entreprises supplémentaires.

758 Par ailleurs, d'autres mesures ont été mises en place comme la Charte de la Parentalité qui est signée à l'heure actuelle par cinq cent entreprises et associations. En effet, trente mille établissements et près de cinq millions de salariés soit 15 % de la population active sont concernés par cette Charte⁸⁶¹.

⁸⁵⁹ Mode de garde et d'accueil des jeunes enfants : un état des lieux contrasté, par Maryline BRUGGEMAN

⁸⁶⁰ V. Lettres UNAF, n° 241, 15 et 22 févr. 2010

⁸⁶¹ <http://www.observatoire-equilibre.com/charte-de-la-parentalite/les-signataires/>

Cette charte a été élaborée pour une meilleure prôner la conciliation vie privée / vie professionnelle

- en créant « *un environnement favorable aux salariés-parents* »,
- en respectant « *le principe de non-discrimination dans l'évolution professionnelle des salariés-parents* »⁸⁶².

Les entreprises signataires de cette charte doivent faciliter le quotidien des « salariés-parents », en obtenant des places en crèche ou en créant des crèches inter - entreprises.

La France connaît à l'heure actuelle un déficit de trois cent quatre vingt mille (380 000) places en crèche.

Le travail des salariés, et en particulier des salariés femmes se trouve défavorisé à cause de cette problématique de garde d'enfants.

759 De nombreux employeurs recourent quant à eux, au système des crèches d'entreprise pour plusieurs raisons :

- fidélisation des salariés,
- limitation du recours aux congés parentaux,
- baisse considérable de l'absentéisme

Il s'agit donc de crèches qui réservent un certain nombre de « berceaux » pour leurs salariés.

Les plus grands groupes adhèrent à cette idée, à savoir : IBM, L'Oréal, Renault, Alstom, mais aussi les plus petites : Light and Shadows.

Il faut savoir que les crèches situées à l'intérieur de l'entreprise : les crèches « *inter entreprises* » se font assez rares, elles sont mises en place par des grands groupes qui ont les moyens financiers adéquats.

Nous pouvons constater que les Etats-Unis sont en avance sur le principe de la qualité de vie au travail, en effet, la plupart des entreprises sont dotées de crèches, salles de sport, même de massage ... etc

Un investissement de l'Etat français dans les entreprises afin d'y insérer des crèches pourrait s'avérer nécessaire dans un but de conciliation vie privée / vie familiale des salariés, mais aussi cela permettrait d'autant plus de relancer l'économie.

⁸⁶² <http://business.lesechos.fr/directions-ressources-humaines/ressources-humaines/dialogue-social-ce/charte-de-la-parentalite-concilier-entreprise-et-vie-de-famille-2764.php>

760 Citons un homme d'affaires important : Richard BRANSON qui a décidé dans cette optique, d' « offrir » à ses salariés un an de congé parental. Le salarié est autorisé à prendre un congé parental d'un an à la suite de la naissance de son enfant, tout en touchant l'intégralité de son salaire.

Cela dit, ce droit est encadré :

- il concerne la branche Virgin management (c'est-à-dire cent quarante personnes),
- une condition d'ancienneté a été instaurée : seuls les salariés qui travaillent dans l'entreprise depuis au moins quatre ans peuvent bénéficier de l'intégralité du salaire.

Le PDG de Virgin a affirmé en effet que « *si vous prenez soin de vos salariés, ils prendront soin de vos intérêts* ». La santé économique de la société est donc en relation avec le bien être de ses salariés, qui passe par une bonne conciliation vie privée / vie professionnelle.

761 Inclure le droit à la parentalité dans la législation serait donc un pas vers une meilleure conciliation vie privée / vie professionnelle.

A défaut, l'exemple de l'entreprise Virgin est à prendre en considération pour que les entreprises françaises prennent des mesures améliorant la conciliation vie privée / vie professionnelle du salarié.

Nous avons vu qu'il était possible d'adopter de nouvelles solutions quant aux temps de travail et temps de repos du salarié afin d'assurer une meilleure conciliation vie privée / vie professionnelle du salarié.

D'autres mesures sont susceptibles d'être adoptées dans ce sens (Chapitre 2).

Chapitre 2 : La recherche d'autres moyens

Sous l'influence de la doctrine mais aussi de la législation des entreprises des pays limitrophes de la France, deux mesures essentielles seront adoptées par certaines entreprises françaises, à savoir le télétravail (Section 1) et les « Codes de conduite » (Section 2).

Section 1 : Le télétravail

762 L'évolution des NTIC engendre une remise en cause des fondements du droit du travail, à travers l'apparition d'une nouvelle forme de travail : le télé travail.

Le rapport Breton sur le télétravail en France remis au gouvernement en 1993 affirmait déjà que « *L'un des enjeux des années à venir sera d'augmenter la flexibilité du travail au sein des entreprises et d'accroître leur compétitivité (...) le télétravail répond à ces objectifs* ».

La Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie au travail définit le télétravail comme « *un type de travail effectué par une personne indépendante, autonome à son domicile, à temps plein ou à temps partiel, dans un endroit autre que le lieu de travail traditionnel, pour un employeur ou un client, grâce à l'utilisation des télécommunications ou des technologies d'information plus avancées, considérées comme instrument essentiel ou central du travail* ».

763 En recevant la neuvième assemblée européenne du télétravail en septembre 2002, la France fait preuve d'un investissement croissant dans le domaine du télétravail.

Cet évènement a permis à Madame la ministre Claude HAIGNERE d'affirmer que le télétravail est « *une pratique en constante augmentation mais qui reste méconnue (...) que les avantages du télétravail sont importants* », ce celui – ci permettrait d'obtenir « *un meilleur équilibre entre vie privée et vie professionnelle* ».

La mise en œuvre de ce nouveau mode de travail nécessite le plus grand respect des « *lignes directrices* », à savoir « *le respect de la vie privée* » ainsi que « *l'adaptation du droit du travail* ».

Le Professeur Jean-Emmanuel RAY émet une certaine réserve quant à l'avènement du télétravail lors de cette conférence : « *On nous dit : « avec les nouvelles technologies, on travaille quand on veut et où on veut. Certes. Mais est-ce un progrès ? Sans doute, mais ce*

n'est pas sûr. Le télétravail peut être un instrument formidable... cela peut être aussi une laisse électronique » »⁸⁶³

Malgré la difficile mise en place du télétravail (Sous-section 1), de nombreux aménagements provoqués par ce nouveau système ont été élaborés afin de protéger le télétravailleur (Sous-section 2).

Sous-section 1 : La mise en place difficile du télétravail

Nous allons voir en quoi l'avènement du télétravail (§1) a entraîné une disparition de la frontière entre la vie privée et la vie professionnelle du salarié (§2).

§ 1 : L'avènement du télétravail

764 Les NTIC ne sont pas seules à l'origine de l'avènement du télé travail, en effet celui-ci permet à l'employeur d'économiser sur certaines dépenses : immobilières, de transport, de gérer autrement ses ressources humaines.

Les conséquences du télé travail sont doubles :

- il permet aux salariés de modifier leur mode de vie en l'adaptant d'autant plus à leur vie familiale,
- mais aussi à l'employeur d'améliorer sa productivité.

Le télétravail a donc été élaboré pour satisfaire à la direction de l'entreprise mais aussi pour permettre au salarié une meilleure gestion de sa vie privée et de sa vie professionnelle.

Celui-ci permet d'allier « la réussite de la vie personnelle » avec l' « épanouissement professionnel »⁸⁶⁴.

765 Il est fondamental de veiller au respect de la frontière vie privée / vie professionnelle qui se trouve entravée et même « brouillée » par la mise en œuvre du télétravail.

Le lien de subordination classique salarié / employeur devient « **personnalisé, économique, fonctionnel et technique** »⁸⁶⁵.

⁸⁶³ 9^{ème} Assemblée européenne du télétravail : atelier 3 : télétravail, droit et relations industrielles.

⁸⁶⁴ Citoyen-salarié ou salarié-citoyen : des droits fondamentaux et des libertés individuelles à sauvegarder, Martine MEUNIER-BOFFA, Petites affiches, 18 mai 2005 n° 98

L'avènement des NTIC en entreprise suppose de respecter l'adage du Professeur Martine MEUNIER-BOFFA : « *souplesse dans la forme, rigueur dans le fond* ».

Le télétravail a permis la naissance d'une nouvelle génération de relations contractuelles, résultant d'une adaptation personnalisée des temps et lieu de travail entre l'employeur et le salarié.

Il est nécessaire d'établir en premier lieu la définition du télétravail (A), afin d'élaborer les obligations respectives de l'employeur et du télétravailleur (B).

A. L'élaboration de la définition du télétravail

766 Tout d'abord, il est nécessaire de remarquer que le télétravail se trouve confronté à d'autres notions voisines :

A l'origine, le législateur s'opposait à la reconnaissance du terme « *travail salarié* » pour le travailleur à domicile, d'où la dénomination de : « *travail à domicile* » par la loi du 30 avril 1930.

Le travailleur à domicile est défini à l'article L 7412-1 du Code du travail (ancien article L 721-1) :

« *Est travailleur à domicile toute personne qui :*
1° Exécute, moyennant une rémunération forfaitaire, pour le compte d'un ou plusieurs établissements, un travail qui lui est confié soit directement, soit par un intermédiaire ;
2° Travaille soit seule, soit avec son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité, concubin ou avec ses enfants à charge au sens fixé par l'article L. 313-3 du code de la sécurité sociale, ou avec un auxiliaire ».

Cet article rajoute qu'il n'y a pas lieu de rechercher s'il existe un lien de subordination entre le travailleur à domicile et le donneur d'ouvrage.

Cette absence de lien de subordination pourrait nous faire penser à une assimilation du travailleur à domicile au travailleur indépendant.

767 C'est la loi n° 57-834 du 26 juillet 1957 modifiant le statut des travailleurs à domicile qui a reconnu la notion de « travailleur à domicile »⁸⁶⁶.

⁸⁶⁵ Martine MEUNIER-BOFFA

⁸⁶⁶ Journal Officiel 26 Juillet 1957

Relevons tout de même qu'un lien de subordination est présent même s'il l'est de « manière réduite »⁸⁶⁷. De plus, il ne faut pas confondre la notion de « *travail à domicile* » avec celle de « *télétravail au domicile du salarié* ».

Lorsque nous parlons de télétravail, nous parlons d'une activité qui nécessite l'utilisation des NTIC. Contrairement au travail à domicile où les salariés n'ont pas forcément recours aux NTIC.

L'activité que le salarié réalise via le télétravail à domicile est une activité qui peut avoir lieu en entreprise et qui est exportable grâce aux NTIC.

La notion de télétravail ne figure pas dans l'article L 7412-1 du Code du travail relatif au travail à domicile.

En outre, l'Accord cadre européen du 16 juillet 2002 lui attribue un « statut autonome ».

- Les télétravailleurs exécutent des tâches administratives (saisie, comptabilité) ou intellectuelles via les NTIC, alors que pour les travailleurs à domicile, il s'agit d'activités ne nécessitant pas l'utilisation des NTIC, telles des travaux manuels.

- Le télétravailleur reste soumis au contrôle du temps de travail effectué, contrairement au travailleur à domicile.

Le travailleur à domicile a une obligation de résultat, contrairement au télétravailleur qui est rémunéré en fonction de ses heures de travail (contrôlées par l'employeur).

L'article L 7413-2 du Code du travail affirme que le « *travailleur à domicile bénéficie des dispositions conventionnelles liant le donneur d'ouvrage, sauf stipulations contraires, dans les conventions ou accords collectifs de travail en cause* ».

768 Du côté de l'employeur, de nouvelles contraintes voient le jour à son égard, à savoir :

- administratives, obligation d'affichage dans les mairies et communes des prix, des salaires et frais applicables (article R 7422-13 du Code du travail) et
- comptable, il doit tenir une « **comptabilité distincte** des matières premières et fournitures destinées au travailleur à domicile » (article R 7413-1 du Code du travail).

Par ailleurs, le télé travail doit être distinct de la notion de travail indépendant.

Le travailleur indépendant n'est pas subordonné à l'autorité de son employeur.

⁸⁶⁷ Paris, 20 oct 1993, RJS 1994, n° 645 ; Cass soc 7 juillet 1994, RJS 8-9/1994, n°1069 ; Cass soc. 29 mars 1990, pourvoi n° 87-13.409, Bull n° 148

Il peut travailler « *comme bon lui semble, et négocie avec ses propres clients et ses fournisseurs, achète son matériel. Il assume la totalité des risques de son activité* »⁸⁶⁸.

Un salarié qui travaille sans lien de subordination, de manière « *flexible* » permet d'engendrer une « *meilleure productivité* ».

769 Puis, une difficile élaboration de la notion de télétravail a été mise en place :

L'Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 inséré dans le Code du travail donne une définition du télétravail à son article 1 : « *Le télétravail est une forme d'organisation et/ou réalisation du travail, utilisant les technologies de l'information dans le cadre d'un contrat de travail et dans laquelle un travail, qui aurait également pu être réalisé dans les locaux de l'employeur est effectué hors de ces locaux de façon régulière* ».

L'article L 1222-9 du Code du travail inséré par la loi du 22 mars 2012 relative « *à la simplification du droit et à l'allègement des charges administratives* » définit le télétravail comme « *toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon régulière et volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication dans le cadre d'un contrat de travail ou d'un avenant à celui-ci* ».

770 Au niveau communautaire, le télétravailleur est défini dans l'article 4 de l'accord cadre européen sur le télétravail dans le commerce signé le 26 avril 2001 comme « *tout travailleur comparable à celui réalisé par un salarié sur le lieu de travail normal qui peut aussi être effectué à distance en utilisant des technologies informatiques en principe reliées au réseau d'information de l'entreprise* ».

Quant au secteur des télécommunications, celui-ci définit le télétravailleur comme « *le salarié qui, au moyen des technologies de l'information et des communications accomplit la totalité de son travail à domicile ou accomplit régulièrement un certain travail à domicile tandis que le reste a lieu dans les locaux de l'entreprise* » (Lignes directrices pour le télétravail du 7 février 2001 dans les télécommunications).

⁸⁶⁸ cass soc 22 janvier 1981, pourvoi n° 77-12-854 et 79-12.795, Bull n os 61 et 62

771 Un accord interprofessionnel sur le télétravail signé entre les différents partenaires sociaux (la CES, l'UNICE et le CEEP) a fait entrer le télétravail dans le droit du travail et mis en œuvre le 16 juillet 2005, définit le télétravail comme « *une forme d'organisation et/ou réalisation du travail utilisant les technologies de l'information, dans le cadre d'un contrat ou d'une relation de travail effectuée régulièrement hors des locaux de l'entreprise* ».

La Directive n° 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, impose une obligation d'information de l'employeur au télétravailleur concernant

- la spécificité du travail,
- le rattachement à un établissement ou à un département de l'entreprise et à un supérieur hiérarchique.

772 En outre, une identité de traitement est instaurée concernant les télétravailleurs et les travailleurs classiques. Ils doivent disposer des mêmes droits.

De plus, le télétravailleur ne doit pas être « *exclu* » et « *isolé* » des autres salariés de l'entreprise, de ce fait, des dispositions doivent être élaborées pour lutter contre ce phénomène (rencontre avec les collègues, accès aux informations).

Retenons donc deux que l'employeur a deux possibilités pour considérer son télétravailleur :

- soit comme un travailleur à domicile, dans ce cas les articles L 7412-1 et suivants s'appliquent,
- soit comme un salarié de droit commun

Une fois que le télétravail instauré dans l'entreprise, celui-ci doit faire l'objet de certaines obligations de la part de l'employeur et du télétravailleur (B).

B. Les obligations de l'employeur et du télétravailleur

773 En premier lieu, l'employeur doit prendre en charge tous les frais relatifs au télétravail.

En effet, l'employeur prend à sa charge tous les frais professionnels pour transformer une pièce du domicile du salarié en lieu de télétravail⁸⁶⁹. Il doit aussi indemniser le salarié pour cette utilisation du domicile à des fins professionnelles⁸⁷⁰.

La Cour de cassation a rappelé dans ce sens que « *les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur doivent être remboursés sans qu'ils puissent être imputés sur la rémunération qui lui est due, à moins qu'il n'ait été contractuellement prévu qu'il en conserverait la charge moyennant le versement d'une somme fixée à l'avance de manière forfaitaire et à la condition que la rémunération du travail proprement dite reste au moins égale au SMIC* »⁸⁷¹.

774 Puis, l'accord cadre sur le télétravail signé par les partenaires sociaux européens du 16 juillet 2002 précise que l'employeur « *couvre les coûts directement causés par le télétravail* » (article 7), ainsi que « *les frais engendrés par le télétravail* » (article 15).

De même pour l'accord du 7 février 2001.

Les frais professionnels représentent « *toute dépense supplémentaire et inhérente à l'emploi ou à la fonction qu'aurait à supporter un salarié dans l'exercice de sa profession* »⁸⁷².

Les deux obligations susvisées, à savoir l'obtention de l'accord du salarié, ainsi que l'obligation d'indemnisation de l'employeur (article L 1222-10 du Code du travail) ont été mises en place car le télétravail constitue une ingérence dans la vie privée du salarié.

C'est un arrêt du 7 avril 2010⁸⁷³ qui institue une **protection accrue du domicile du salarié** en affirmant son caractère spécifique, tel un « *sanctuaire* » de sa vie privée, empêchant sa « *banalisation* ». Ce qui permet de justifier l'indemnisation spécifique de l'employeur prévue à cet effet, qui repose sur le principe « *d'égalité de traitement* » des salariés entre eux.

⁸⁶⁹ B. Bossu, note ss Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-43.592, Dr. soc. 2006, p. 925, obs.

J. Savatier ; [JCP S 2006, 1815](#), note B. Bossu

⁸⁷⁰ Cass. soc., 9 janv. 2001, n° 98-44.833 : Bull. civ. 2001, V, n° 1, p. 1. – J. Mouly, note ss Cass. soc., 9 janv. 2001 : Dr. soc. 2001, p. 442

⁸⁷¹ Cass soc 9 janvier 2001, pourvoi n° 9844-833, Bull n° 1 ; Cr. Ouv. 2002, p. 27 ; confirmation de la j pant ; cass soc 25 février 1998, pourvoi n° 95-44-096, Bull. n° 107

⁸⁷² Définition tirée des conclusions rendues par un groupe de travail chargé de réfléchir sur le télétravail et nouvelles pratiques professionnelles

⁸⁷³ Cass. soc., 7 avr. 2010, n° 08-44.865

Cet arrêt élabore les deux conditions qui permettent au salarié d'être indemnisé, à savoir :

- l'initiative de l'employeur et
- l'accord du salarié.

Un arrêt du 12 décembre 2012⁸⁷⁴ précise en outre que le salarié doit être indemnisé « dès lors qu'un local professionnel n'est pas mis effectivement à sa disposition ».

La solution dégagée par la Cour de cassation est une solution d'autant plus protectrice pour le salarié, car « la simple proposition de mise à disposition d'un local professionnel ne suffit pas à libérer l'employeur de son obligation d'indemnisation ; **cette mise à disposition doit être effective** ».

La Cour rajoute dans ce sens que l'initiative de l'employeur est présumée et que l'indemnisation est due⁸⁷⁵.

Cependant, les modalités de mise à disposition n'ont pas encore été précisées par la jurisprudence.

775 En second lieu, nous pouvons noter que le salarié / télétravailleur est soumis lui aussi, à certaines obligations :

Tout d'abord, les outils professionnels qui ont été mis à disposition par l'employeur au télétravailleur ne doivent faire l'objet que d'une activité professionnelle.

Une utilisation personnelle est autorisée dans la limite du tolérable comme nous l'avons évoqué dans les chapitres précédents.

En pratique, l'employeur insère dans le contrat de travail ou dans le règlement intérieur une clause interdisant tout usage personnel du matériel informatique professionnel mis à disposition du salarié.

L'employeur doit élaborer des mesures afin d'assurer la « *protection des données informatiques confidentielles* ». En effet, le risque d'insécurité des données de l'entreprise est plus important lorsque le matériel informatique est situé à domicile.

Puis, le télétravailleur engagé à temps plein a la stricte interdiction d'utiliser le matériel de son employeur pour un concurrent.

Dans ce sens, il est logique que le télétravailleur a l'interdiction de divulguer des données de nature confidentielle.

⁸⁷⁴ Cass. soc., 12 déc. 2012, n° 11-20.502 : *JurisData* n° 2012-029208 ; *Bull. civ.* 2012, V, n° 339 ; *JCP S* 2013, 1123, note B. Bossu

⁸⁷⁵ S. Tournaux, Un pas vers l'indemnisation généralisée au titre de l'utilisation du domicile à des fins professionnelles : *Dr. soc.* 2010, p. 355

Seulement, nous allons remarquer que le télétravail peut engendrer une disparition de la frontière entre la vie privée et la vie professionnelle du salarié (§2).

§2 : Le télétravail ou l'avènement d'une limite de plus en plus floue entre la vie privée et la vie professionnelle du salarié

Le télétravail va engendrer certaines difficultés (A), accentuées par le phénomène de cyber surveillance des télétravailleurs (B).

A. L'émergence des difficultés du télétravail

776 Le régime du télétravail s'avère au final assez complexe⁸⁷⁶, fait l'objet d'une inflation législative, de nombreux textes tentent de régir et de régler ce mode de travail. Le lien de subordination classique et habituel est remis en cause.

Par conséquent, le législateur et la jurisprudence établissent de plus en plus de restrictions concernant ce mode de travail, qui est caractérisé à l'origine par sa « *flexibilité* ».

C'est l'article L 1222-9 du Code du travail qui énonce de nombreuses caractéristiques concernant le télé travail, à savoir : la réalisation du travail du salariés hors des locaux de l'entreprise de manière **régulière** et **volontaire**, à l'aide des **NTIC**, reposant sur un **contrat de travail** ou un **avenant** à celui-ci.

Certains pensent que les nombreux critères sont posés par cet article afin de marquer son caractère « *exceptionnel* », d'où l'exigence de la signature d'un contrat ou d'un avenant.

La Cour de cassation a affirmé dans un arrêt du 18 décembre 2013 qu'une « *simple fiche de poste ne pouvant suffire à satisfaire cette exigence légale* »⁸⁷⁷.

Le législateur précise aussi le caractère « *volontaire* »⁸⁷⁸ du télétravail, étant un mode de travail exceptionnel. De ce fait, l'employeur ne peut exiger du salarié qu'il adopte le mode du télétravail⁸⁷⁹. Cette disposition permet de le protéger contre une mesure de l'employeur abusive qui viserait à lui imposer le télétravail.

⁸⁷⁶ J.-E. Ray, *Légaliser le télétravail : une bonne idée ?* : Dr. soc. 2012, p. 448

⁸⁷⁷ Cass. soc., 18 déc. 2013, n° 12-20.228

⁸⁷⁸ J.-Y. Frouin, *Inventaire : Semaine sociale Lamy 2003*, n° 1140, p. 73. – F. V., *Une clause de mobilité ne peut pas remettre en cause le télétravail : Semaine sociale Lamy 2006*, n° 1265, p. 14

⁸⁷⁹ [C. trav., art. L. 1222-9](#), « Le refus d'accepter un poste de télétravailleur n'est pas un motif de rupture du contrat de travail »

L'inverse est valable, en effet, un employeur ne peut imposer à un télétravailleur de revenir travailler en entreprise⁸⁸⁰.

De ce fait, il est conseillé à l'employeur et au salarié de s'accorder au préalable sur les conditions du télétravail, afin d'appréhender tout conflit postérieur.

777 Notons que lorsque d'autres dispositions sont plus favorables que les dispositions législatives en vigueur, elles peuvent s'appliquer aux télétravailleurs. Cela concerne en particulier les dispositions de l'ANI du 19 juillet 2005 qui prévalent sur la loi lorsqu'elles sont plus avantageuses pour le salarié.

De nombreux litiges ont vu le jour concernant le non respect du principe d' « égalité de traitement » entre les salariés classiques et les télétravailleurs⁸⁸¹.

778 Par ailleurs, au sujet de la santé et de la sécurité du télétravailleur, une incertitude existe quant à la considération ou non d' « *accident du travail* » lorsqu'il est survenu au domicile du salarié. En effet, la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012⁸⁸² ayant inséré le télétravail dans le Code du travail ne précise pas si la présomption de caractère professionnel de l'accident s'applique lorsqu'il se déroule au domicile⁸⁸³.

Par conséquent, deux solutions ont été élaborées :

- la référence au droit commun,
- certains employeurs prévoient au préalable à travers la signature d'un accord collectif qu'il s'agit d'une « *présomption simple d'accident du travail* »⁸⁸⁴.

La Cour de cassation n'est pas défavorable à la qualification d'accident du travail au cas où il survient au domicile du télétravailleur⁸⁸⁵.

Dans cet arrêt la Haute Cour a établi le caractère professionnel de l'accident survenu avec le matériel de l'employeur pendant les temps de subordination du salarié à son employeur.

La présomption du caractère professionnel de l'accident est instaurée dans certains accords collectifs, lorsque ledit accident survient pendant les jours et temps de travail.

⁸⁸⁰ Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-43.592, préc. note 43

⁸⁸¹ Not., Cass. soc., 7 avr. 2010, n° 08-44.865 à n° 08-44.869 : [JurisData n° 2010-003380](#) ; Bull. civ. 2010, V, n° 86 ; [JCP S 2010, 1218](#), note G. Loiseau

⁸⁸² [L. n° 2012-387, 22 mars 2012, art. 46](#) : [Journal Officiel 23 Mars 2012](#)

⁸⁸³ H. Guyot, Le télétravail codifié : [JCP S 2012, 1204](#)

⁸⁸⁴ Accord Renault par exemple (J.-E. Ray, *Légaliser le télétravail : une bonne idée ?*, Dr. soc. 2012, p. 457)

⁸⁸⁵ *Cass soc 18 nov 1999, JCP éd G 2001, II 19 464, note M. BADEL*

779 Enfin, certains auteurs qualifient le statut du télétravailleur de « *rigide* »⁸⁸⁶, contrairement à celui du salarié classique, ce qui peut freiner l'employeur dans son recours au télétravail.

D'autant plus avec l'exigence indispensable de l'accord du salarié et de l'employeur afin d'adopter le mode du télétravail ou pour revenir à un emploi « *classique* ».

Afin d'éviter la survenue de litiges éventuels, il est conseillé aux parties d'entretenir une relation de « *confiance* ». Dans ce sens, le Professeur RAY emploie la formule : « *La confiance sinon rien* »⁸⁸⁷, malgré les nombreuses dispositions législatives qui ont été instaurées dans ce sens.

Outre lesdites difficultés du télétravail, ce dernier sera mis à mal par le phénomène de cyber surveillance des télétravailleurs (B).

B. Une limite accentuée par la cyber surveillance des télétravailleurs

780 Il est légitime de chercher en premier lieu ce qu'il en est du lien de subordination employeur / salarié au domicile.

En effet, au domicile du salarié, les supérieurs hiérarchiques ne sont pas présents pour contrôler la durée effectuée du temps de travail du salarié.

Les horaires consacrés au temps de travail du salarié sont élaborés au préalable dans le contrat de travail. Ils ont donc fait l'objet d'un accord entre l'employeur et le salarié.

Il est conseillé à l'employeur d'établir des horaires individuels pour le télétravailleur, sous le régime de l'article D3171-12 (« *Lorsque des salariés d'un atelier, d'un service ou d'une équipe ne travaillent pas selon le même horaire collectif de travail affiché, un document mensuel, dont le double est annexé au bulletin de paie, est établi pour chaque salarié* »).

781 Quant à l'article D 3171-8 du Code du travail précise les deux modalités permettant à l'employeur de contrôler le nombre d'heures effectuées par son salarié à distance :

-soit « *Quotidiennement, par enregistrement, selon tous moyens, des heures de début et de fin*

⁸⁸⁶ Marion Emeras (docteur en droit), Le domicile du salarié, La semaine juridique Social n°3, 20 janvier 2015, 1012

⁸⁸⁷ J.-E. Ray, Métamorphoses du droit du travail, p. 1170. – J.-E. Ray, Légaliser le télétravail : une bonne idée ? p. 457

de chaque période de travail ou par le relevé du nombre d'heures de travail accomplies » ;
- soit « *Chaque semaine, par récapitulation selon tous moyens du nombre d'heures de travail accomplies par chaque salarié* ».

En cas de décompte des heures de travail du télétravailleur par un système d'enregistrement automatique, celui-ci doit donc être « *fiable et infalsifiable* ».

Les télétravailleurs soumis au régime d'une convention de forfait ne bénéficient pas de cet article (article L 3171-4 du Code du travail).

782 En second lieu, nous allons voir que le développement du télétravail « brouille » la frontière temps de travail et temps de repos.

En effet, « *Il ne faudrait pas sous prétexte qu'il est le lieu de travail du salarié, que celui-ci soit contraint de travailler au-delà des heures prévues dans le contrat* » Isabelle DE BENALCAZAR.

783 Plusieurs conséquences sur la personne même du télétravailleur se font ressentir :
- celui-ci perd la notion d'autorité, étant dans les faits soustrait de tout contrôle hiérarchique, même s'il reste toujours « *soumis au pouvoir de direction de son employeur* ».

Si l'une des deux parties au contrat de travail se rend compte que ce mode de travail ne leur convient, elle a toujours la possibilité de demander de retrouver un mode de travail classique, dans les locaux de l'entreprise.

Les principes de cybersurveillance des salariés appliqués en entreprise doivent s'appliquer pour le télétravailleur :

En outre, tout mode de contrôle à distance doit être « *pertinent et proportionnel à l'objectif poursuivi* ».

784 La CNIL a donc adressé ses consignes le 21 mars 2002⁸⁸⁸ :
Elle affirme le respect du principe de loyauté de l'employeur lorsqu'il surveille ses salariés, de ce fait l'employeur a l'interdiction de porter atteinte aux droits et libertés individuelles de ses salariés.

⁸⁸⁸ Recommandations de la CNIL sur la cybersurveillance n° 02-017 du 21 mars 2002

L'employeur doit informer au préalable les salariés des modes de contrôle dont ils feront l'objet (article L 1221-9 et L 1222-4 du Code du travail)

Les salariés doivent connaître la finalité du dispositif de contrôle ainsi que la durée pendant laquelle les données de connexion sont conservées.

De même l'employeur doit informer et consulter le comité d'entreprise, à défaut les délégués du personnel (article L 2323-32 du Code du travail), au sujet des dispositifs mis en place ainsi que des modalités de contrôle d'utilisation d'internet et de la messagerie (article L. 2323-32 du Code du travail).

En effet, *« aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié ou du candidat »* et, *l'information et la consultation du comité d'entreprise soient préalables « à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés »*.

Si les conditions précitées sont respectées, l'employeur peut utiliser tout mode de contrôle, *« toutes ressources de la technologie »*. *« Une programmation simple, par exemple, permettra d'imposer l'arrêt d'un ordinateur à des intervalles réguliers et de garder en mémoire les temps et durées réelles d'utilisation ainsi que leur répartition au long de la semaine ou du mois »*⁸⁸⁹.

Les représentants du personnel disposent en effet d'un droit d'alerte en cas d'atteinte aux droits et libertés des salariés (article L 2313-2 du Code du travail).

Enfin, tout système de contrôle doit être *« pertinent ou proportionné au regard de l'objet de la surveillance »* (article L 1121-1 du Code du travail).

785 Par ailleurs, la jurisprudence relative aux fichiers personnels / professionnels s'applique au télétravailleur.

L'employeur peut contrôler donc la durée de travail du salarié à domicile à l'aide de certains logiciels intégrés dans le matériel informatique.

De ce fait, il est facile d'établir avec précision les heures de travail du salarié, en prenant en compte les temps de pause et l'heure de déjeuner.

⁸⁸⁹ Quelles sont les garanties pour le télétravailleur ? Le Lamy social 2015

786 La directive 91/533/CEE du Conseil du 14 octobre 1991⁸⁹⁰ relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail impose à l'employeur d'informer son salarié sur la durée de travail qui lui incombe au quotidien mais aussi la semaine.

Un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 8 février 2001 a précisé que cette information est valable aussi pour les heures supplémentaires⁸⁹¹.

L'avènement des NTIC a fait entrer en jeu de nouvelles difficultés concernant les cadres.

En effet, les heures qu'ils effectuent sont devenues difficiles à évaluer entre le temps de travail effectif, les heures supplémentaires et les heures d'astreintes⁸⁹².

Quant à l'article L 3121-1 du Code du travail, celui-ci définit le temps de travail effectif comme « *un temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles* ».

787 Rappelons ensuite les principes applicables concernant les systèmes de vidéosurveillance du salarié à son domicile :

- L'accord du salarié au préalable est indispensable à l'installation d'un tel système,
- une fois l'accord obtenu, ledit système doit répondre à l'objectif de proportionnalité et de finalité,
- l'employeur n'a pas le droit d'installer un système qui mêle son et image⁸⁹³.

Sinon il s'agirait d' « *système intrusif* ».

Si ces conditions ne sont pas respectées, l'employeur peut se voir condamné pour « *atteinte excessive à la vie privée du salarié* ».

L'employeur peut aussi utiliser une « web cam » à certaines conditions :

- pendant les heures de travail,
- avec l'accord du salarié,
- ne doit pas viser des zones de pause ou de repos⁸⁹⁴,
- ne doit pas filmer les salariés sur le poste de travail (CNIL)

⁸⁹⁰ JOCE n° L 288, du 28 octobre 1991

⁸⁹¹ arrêt CJCE 8 fev 2001, aff C350/99, JOCE n° L 288, p. 32

⁸⁹² J BARTHELEMY, Le temps de travail des cadres, JCP E, 1997, I, 662

⁸⁹³ http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/Guides_pratiques/CNIL_GuideTravail.pdf

⁸⁹⁴ ://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/Videosurveillance/CNIL_Video_au_travail.pdf

788 Quant au temps de repos, la jurisprudence précise que le salarié « *soit totalement dispensé, directement ou indirectement, sauf circonstances exceptionnelles, d'accomplir pour son employeur, une prestation de travail même si elle n'est qu'éventuelle ou occasionnelle* »⁸⁹⁵.

L'employeur doit donc veiller à la bonne altération des temps de travail et des temps de repos pour assurer la santé physique et mentale du salarié.

Mais ce contrôle est rendu difficile pour les cadres, en effet la jurisprudence n'exige pas du cadre un strict respect de la réglementation des horaires.

C'est l'une des raisons pour lesquelles la convention forfait jours a fait son apparition.

La convention de forfait jours nécessite un accord entre l'employeur et le salarié⁸⁹⁶, mais aussi que les dispositions légales et jurisprudentielles en matière de droit au repos doivent être scrupuleusement respectées⁸⁹⁷.

Nous n'allons pas revenir sur les modalités du forfait jours expliquées dans le chapitre précédent.

789 En outre, l'employeur n'étant pas sur place, il est difficile pour lui de surveiller la durée des heures effectuées par son salarié. Par conséquent, d'autres mesures peuvent être élaborées par l'employeur pour contrôler l'activité de son télétravailleur. Il peut instaurer **un système de fixation d'objectifs**, qui selon l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 doivent être identiques à ceux des salariés classiques.

Maintenant que les difficultés provoquées par le télétravail ont été élaborées, le télétravailleur se doit de faire l'objet d'une certaine protection (Sous-section 2).

⁸⁹⁵ Cass soc 10 juillet 2002, TPS 2002, com. N° 297

⁸⁹⁶ Cass soc 6 juillet 1999, TPS 1999, n° 393

⁸⁹⁷ I DE BENALCAZAR, Conventions de forfait : une nécessaire intervention du juge, TPS 2002, chron 14

Sous-section 2 : La protection du télétravailleur à travers les aménagements provoqués par le télétravail

La protection du télétravailleur relative aux aménagements provoqués par le télétravail passe tout d'abord par la protection de la santé et de la sécurité du salarié (§1), mais aussi par la protection des intérêts supérieurs du télétravailleur (§2).

§ 1 : La protection de la santé et de la sécurité du salarié

La santé et la sécurité du salarié étant l'un des objectifs essentiels de l'employeur, ce dernier se doit d'assurer le plus grand respect des conditions d'hygiène et de sécurité (A), en favorisant le rôle primordial du CHSCT (B).

A. Le respect des conditions d'hygiène et de sécurité

790 L'article R 4221-1 du Code du travail précise ce qu'il entend par lieu de travail, il s'agit des « lieux destinés à recevoir des postes de travail situés ou non dans les bâtiments de l'établissement, ainsi que tout autre endroit compris dans l'aire de l'établissement auquel le travailleur a accès dans le cadre de son travail ».

L'employeur doit se charger d'une stricte application de la réglementation relative aux lieux de travail.

Le local destiné au télétravailleur doit être adapté le mieux possible.

Pour cela, l'employeur peut faire faire un « diagnostic de conformité » de l'installation électrique, mais aussi en cas de besoin faire installer des prises électriques.

Les installations électriques bénéficiant du Label Promotelec assurent que le bâtiment en question présente une qualité supérieure à ceux qui respectent la simple réglementation en vigueur.

791 L'article 9 de l'Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 quant à lui, affirme que les mesures relatives à la santé et à la sécurité du salarié au travail sont applicables aux télétravailleurs :

« L'employeur informe le télétravailleur de la politique de l'entreprise en matière de santé et de sécurité au travail, en particulier, des règles relatives à l'utilisation des écrans de

visualisation. Le salarié est tenu de respecter et appliquer correctement ces politiques de sécurité ».

L'employeur doit s'assurer du strict respect de ces dispositions. Le domicile du salarié n'est pas soumis aux dispositions de l'article L 4111-1 du Code du travail concernant l'hygiène et la sécurité.

Le travailleur à domicile bénéficie des dispositions conventionnelles le concernant (article L 7413-2 du Code du travail).

Enfin, l'article L 7424-1 du Code du travail a instauré des dispositions spécifiques pour les travailleurs à domicile qui sont exposés à des risques pour leur santé et leur sécurité.

L'étude de l'ensemble de ces différents articles nous permet donc de remarquer que le terme « *télétravail* » n'est indiqué dans aucune disposition.

792 Les équipements dotés d'écran de visualisation au domicile du salarié sont soumis à la législation protectrice d'origine communautaire relative au travail sur écran de visualisation⁸⁹⁸.

L'article 1 de ladite directive précise que « *La présente directive, qui est la cinquième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE, fixe des **prescriptions minimales de sécurité et de santé concernant le travail sur des équipements à écran de visualisation** tels que définis à l'article 2* ».

Elle définit aussi l'écran de visualisation comme « *un écran alphanumérique ou graphique quel que soit le procédé d'affichage utilisé et rajoute au sujet du poste de travail, qu'il représente « l'ensemble comprenant un équipement à écran de visualisation, muni, le cas échéant, d'un clavier ou d'un dispositif de saisie de données et/ou d'un logiciel déterminant l'interface homme/machine, d'accessoires optionnels, d'annexes, y compris l'unité de disquettes, d'un téléphone, d'un modem, d'une imprimante, d'un support-documents, d'un siège et d'une table ou surface de travail, ainsi que l'environnement de travail immédiat* ».

793 Les institutions compétentes en matière de santé peuvent effectuer quant à elle, une visite de contrôle du lieu de travail du télétravailleur, à savoir : l'employeur, les représentants du personnel du CHSCT).

Le télétravailleur peut requérir une visite de l'inspecteur du travail.

⁸⁹⁸ Directive 90/270/CE du 29 mai 1990 transposée par le décret n° 91-451 du 14 mai 1991, JO du 16 mai 1991

794 Pèse aussi sur l'employeur une obligation d' « *analyse des risques* » des postes de travail du salarié, en effet l'article 3 de la directive précise que

« *1. Les employeurs sont tenus de faire une analyse des postes de travail afin d'évaluer les conditions de sécurité et de santé qu'ils présentent pour leurs travailleurs, notamment en ce qui concerne les risques éventuels pour la vue et les problèmes physiques et de charge mentale.*

2. Les employeurs doivent prendre les mesures appropriées pour remédier aux risques ainsi constatés, sur la base de l'évaluation visée au paragraphe 1, en tenant compte de l'addition et/ou de la combinaison des incidences des risques constatés ».

Des mesures adaptées doivent être prises spécifiquement pour les premiers postes de travail mis en service :

« *Les employeurs doivent prendre les mesures appropriées afin que les postes de travail mis en service pour la première fois après le 31 décembre 1992 satisfassent aux prescriptions minimales figurant à l'annexe ».*

Et pour les postes de travail déjà mis en service, l'employeur doit prendre les dispositions nécessaires pour qu'ils soient adaptés :

« *Les employeurs doivent prendre les mesures appropriées afin que les postes de travail déjà mis en service jusqu'au 31 décembre 1992 inclus soient adaptés pour satisfaire aux prescriptions minimales figurant à l'annexe au plus tard quatre ans après cette date ».*

L'article 6 de ladite directive impose aussi à l'employeur une **obligation d'information et de formation des télétravailleurs**.

En effet, ils « *doivent recevoir les informations sur tout ce qui concerne la sécurité et la santé liées à leur poste de travail* ».

De plus, « *chaque travailleur doit (...) recevoir une formation en ce qui concerne les modalités d'utilisation, avant de commencer ce type de travail et chaque fois que l'organisation du poste de travail est modifiée de manière substantielle* ».

D'un point de vue ergonomique, l'employeur se doit **d'adapter et d'améliorer** sans cesse le **matériel** utilisé par le salarié.

795 Enfin, l'employeur doit assurer un suivi médical adapté au salarié (article L 4621-1 du Code du travail).

L'article L 7424-1 du Code du travail précise que des conditions strictes doivent être respectées pour que le télétravailleur puisse exercer certains travaux à domicile. Il revient à l'autorité administrative de déterminer lesdites « *catégories de travaux présentant des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs* ».

Pour ce faire, l'employeur doit veiller à l'application de « mesures de protection individuelles » pour ces télétravailleurs (article L 7424-2 du Code du travail).

Enfin, l'employeur peut être mis en demeure par l'inspecteur du travail lorsque les travaux exécutés par le télétravailleur « *ne répondent pas aux obligations de santé et de sécurité au travail* » (article L 7424-3 du Code du travail).

796 Comme nous l'avons précisé précédemment, le contrôle de la durée du travail du télétravailleur par l'inspecteur du travail est difficile, vu l'étendue des moyens accordés aux télétravailleurs via les NTIC qui engendre une confusion dans la distinction heures de travail / heures supplémentaires / heures d'astreinte.

Le contrôle du travail du télétravailleur :

Le télétravail a pour conséquence de restreindre le pouvoir de contrôle de l'inspecteur du travail sur les conditions de travail des télétravailleurs.

Isabelle DE BENALCAZAR affirme que « *lorsqu'une entreprise a permis à 2000 salariés de devenir des télétravailleurs, il paraît impossible qu'un inspecteur du travail puisse vérifier la situation de chaque individu* »⁸⁹⁹.

L'inspecteur se doit de contrôler les questions relatives à l'hygiène et la sécurité et au temps de travail.

En effet, « *les inspecteurs et contrôleurs du travail ont un droit d'entrée dans tout établissement [...] afin d'y assurer la surveillance et les enquêtes dont ils sont chargés.*

*Ils ont également un **droit d'entrée dans les locaux où les travailleurs à domicile réalisent les travaux définis à l'article L. 7424-1*** ». (article L 8113-1 du Code du travail).

⁸⁹⁹ Cahier DHR, n°50 sur le télétravail, p. 75 cite l'exemple d'EDF

La santé et la sécurité des salariés est renforcée grâce au rôle indispensable des membres du CHSCT (B).

B. Un respect renforcé par le rôle indispensable du CHSCT

797 Le CHSCT a l'objectif d'assurer l'amélioration de la sécurité des conditions de travail (article L 4612-1 du Code du travail).

La mission de contrôle du CHSCT relatives à la santé et à la sécurité des salariés, aux conditions de travail, aux mesures du règlement intérieur de l'employeur s'étend au lieu et conditions de travail du télétravailleur.

Il se doit d'avoir toute la documentation juridique qu'il réclame et dont il a besoin.

L'employeur doit fournir au CHSCT tous les documents relatifs aux installations des équipements (article L 4711-4 du Code du travail).

L'article R 4612-2-1 accorde au CHSCT la possibilité d'accéder à « l'ensemble des livres, registres et documents obligatoires en matière de santé et de sécurité au travail ».

De ce fait, il peut accéder à la base de données économiques et sociales relative à la sécurisation de l'emploi⁹⁰⁰.

Lors de son contrôle trimestriel, il peut inspecter les conditions de travail du télétravailleur.

798 De plus, le représentant du personnel au CHSCT qui désire effectuer une visite au domicile du télétravailleur, le CHSCT doit prévenir de sa venue et ne peut pas recourir à un contrôle « *impromptu* ».

De plus, il doit obtenir l'accord du télétravailleur.

Ces exigences sont imposées par un accord national interprofessionnel étendu qui s'applique aux secteurs professionnels représentés par le Medef, la CGPME et l'UPA⁹⁰¹.

Les dispositions légales relatives au télétravail ne contiennent pas ces dispositions (article L 1222-9 à L 1222-11 du Code du travail).

799 En outre, si un manquement aux règles de sécurité a été constaté de la part du CHSCT, il doit en informer l'employeur.

Si ce manquement constitue un danger grave et imminent, la procédure d'alerte peut être mise en œuvre.

⁹⁰⁰ [Loi no 2013-504 du 14 juin 2013](#) relative à la sécurisation de l'emploi (JO 16 juin)

⁹⁰¹ ANI sur le télétravail, 19 juill. 2005 ; Arr. 30 mai 2006, JO 9 juin

A défaut de CHSCT, les délégués du personnel peuvent contrôler le respect des règles de sécurité.

Outre la procédure d'alerte, les représentants du personnel au CHSCT peuvent saisir l'inspecteur du travail en cas de manquement aux règles de sécurité.

Dans ce cas, l'inspecteur du travail peut effectuer une visite au domicile du télétravailleur, sous réserve d'obtenir son accord.

800 Soulignons qu'un accident ou une maladie professionnelle du télétravailleur peut conduire à l'ouverture d'une enquête par le CHSCT (article L 4614-10 et L 4612-5 du Code du travail).

L'article L 4614-12 du Code du travail lui permet de recourir à un « *expert agréé* » dans ce cas.

En cas de besoin le CHSCT peut requérir auprès d'un responsable de service toutes règles de sécurité, ainsi que toute information indispensable à la tâche du CHSCT.

Si un chef de service ne se soumet pas aux exigences du CHSCT, l'employeur serait susceptible d'être poursuivi pour « entrave au fonctionnement du CHSCT ».

Quant au devoir d'évaluation des risques professionnels, celui-ci reste à la charge de l'employeur :

« Pour la santé et la sécurité des travailleurs, y compris dans le choix des procédés de fabrication, des équipements de travail, des substances ou préparations chimiques, dans l'aménagement ou le réaménagement des lieux de travail ou des installations et dans la définition des postes de travail » (article L. 4121-3 du Code du travail).

D'où l'élaboration du document unique d'évaluation des risques par l'employeur (article R 4121-1 du Code du travail).

801 Le CHSCT peut toutefois établir un document d'évaluation des risques qui pourra toujours servir à titre informatif.

Il doit dans ce document :

- « *identifier les dangers* » : le danger du salarié peut provenir du matériel mis à sa disposition, de certaines méthodes de travail imposées par son employeur,
- « *analyser les risques* » : déterminer en quoi le salarié qui travaille dans ces conditions subit un risque pour sa santé et sa sécurité.

Un télétravailleur qui ne sait plus faire la distinction entre heures de travail et heures de repos peut subir un risque psycho social du fait de la durée de travail excessive.

De plus, un télétravailleur qui se sentirait isolé, et qui n'arriverait pas à réaliser sa mission du fait du manque de communication pourrait être victime de stress, ce qui engendrerait des conséquences pour sa santé physique et mentale.

Il est donc essentiel pour le CHSCT de connaître et d'établir au préalable tous les risques pour la santé du salarié relatif à ce mode de travail. Il s'agit donc d'un « *véritable travail d'analyse des modalités d'exposition des salariés à des dangers ou à des facteurs de risques* »⁹⁰².

Outre la santé et la sécurité des salariés, l'employeur doit préserver la protection des intérêts supérieurs des télétravailleurs (§2).

§2 : La protection des intérêts supérieurs du télétravailleur

Les intérêts supérieurs du télétravailleur sont représentés d'une part par le respect du domicile du télétravailleur (A), et d'autre part par le principe d'égalité de traitement du télétravailleur et du salarié classique (B).

A. Le respect du domicile du télétravailleur

802 Le télétravail a accentué le problème de la disparition de la frontière entre la vie privée et la vie professionnelle du salarié :

Un télétravailleur a plus de risques de subir des atteintes à sa vie privée qu'un salarié classique, étant donné que la frontière entre sa vie privée et sa vie professionnelle devient de plus en plus floue.

Le domicile doit être protégé contre toute éventuelle intrusion patronale, même s'il s'agit d'une liberté du salarié de pouvoir travailler à domicile.

Il est nécessaire de rappeler au préalable que le domicile du salarié constitue un élément de sa vie privée et qu'à ce titre il bénéficie de la protection législative (article 9 du Code civil) mais aussi jurisprudentielle⁹⁰³.

⁹⁰² Circulaire Directive du 15 avril 2002

⁹⁰³ Cass soc 12 janvier 1999, n° 96-40-755, Bull n°7

803 En outre, la jurisprudence a affirmé dans un arrêt ABRAM⁹⁰⁴ que « *la transformation du domicile du salarié en lieu de travail par l'employeur constitue une modification unilatérale du contrat de travail* ».

De ce fait, le salarié a toute légitimité pour prendre acte de rupture de son contrat de travail, qui s'analysera en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Dans cet objectif, l'accord sur le télétravail signé le 16 juillet 2002 au niveau européen précise à son article 3 que « *le refus d'un travailleur d'opter pour le télétravail n'est pas en soi un motif de résiliation de la relation d'emploi ni de modification des conditions d'emploi de ce travailleur* ».

804 De plus, le salarié n'est pas obligé d'accepter le changement de son lieu de travail, même s'il s'agit de son domicile.

L'inverse a aussi été affirmé par la jurisprudence⁹⁰⁵, en effet, la réintégration dans les locaux de l'entreprise du télétravailleur ne peut pas être imposée par l'employeur⁹⁰⁶.

Le télétravailleur a toujours la possibilité de revenir dans l'entreprise via une clause de réversibilité. Ladite réversibilité pourra conduire à un changement du lieu du travail.

Un télétravailleur peut à tout moment exiger de son employeur que cesse toute subordination à son domicile.

805 Le télétravail ne permet plus de distinguer clairement la sphère privée de la sphère professionnelle.

La jurisprudence ABRAM permet en ce sens d'obtenir l'accord du salarié afin de le soumettre à un lien de subordination sur son lieu de vie. A contrario, il s'agirait d'une modification unilatérale du contrat de travail de l'employeur.

L'employeur qui veut effectuer un contrôle du télétravailleur à son domicile doit prévenir de sa présence au préalable.

Il ne doit pas faire irruption dans le travail du salarié dès qu'il le désire, d'où la nécessité d'instaurer des plages horaires (article L 1222-10 du Code du travail).

Suite au respect du principe du domicile du télétravailleur, ce dernier doit faire l'objet d'une égalité de traitement avec le salarié « classique » (B).

⁹⁰⁴ Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.727 : Bull. civ. 2001, V, n° 292

⁹⁰⁵ B. Bossu, note ss Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-43.592, Dr. soc. 2006, p. 925, obs.

J. Savatier ; [JCP S 2006, 1815](#), note B. Bossu

⁹⁰⁶ Cass soc 12 déc 2000, pourvoi n° 98-44-580 et 28 fév 2001, pourvoi n° 99-40-600

B. Le principe d'égalité de traitement du télétravailleur et du salarié classique

806 La convention internationale de l'OIT (organisation internationale du travail) n°177 adoptée le 4 juin 1996 et complétée par une recommandation n° 184 tente de promouvoir l'égalité de traitements entre les travailleurs à domicile et les autres travailleurs et essaye de tenir compte de cette forme d'organisation du travail.

La finalité de ce texte est de promouvoir ce principe d'égalité de traitement entre les télétravailleurs et les salariés classiques, mais aussi de « tenir compte des spécificités de cette forme d'organisation du travail ».

807 L'ANI du 19 juillet 2005 a aussi posé le principe d'égalité de traitement entre télétravailleur et « travailleur au bureau », même si la jurisprudence refuse de l'admettre en affirmant que « le domicile n'est pas un lieu de travail comme un autre »⁹⁰⁷.

Il faut savoir qu'un télétravailleur bénéficie des mêmes droits et obligations que n'importe quel salarié en entreprise. Le principe de l'égalité de traitement se doit d'être appliqué pour les salariés classiques et les télétravailleurs. Nous pouvons parler d' « identité de statut juridique ».

En effet, l'article 5 de l'ANI du 19 juillet 2005 affirme que « *les télétravailleurs bénéficient des mêmes droits et avantages légaux et conventionnels que ceux applicables aux salariés de l'entreprise en situation comparable. Cependant, pour tenir compte des particularités du télétravail, des accords collectifs spécifiques complémentaires et/ou individuels peuvent être conclus* ».

Sa situation géographique ne change en rien son appartenance à l'entreprise. Il reste un salarié à part entière.

808 Comme nous l'avons évoqué précédemment, un télétravailleur court le risque de ne plus distinguer ses heures de travail et ses heures de repos, de ce fait, sa charge de travail risque d'augmenter.

L'accord insiste bien sur le fait que la charge de travail du télétravailleur doit être identique à celle du salarié classique.

⁹⁰⁷ [Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-43.592 : JurisData n° 2006-033752](#)

D'où l'obligation instaurée par l'article L 1222-10 du Code du travail qui impose à l'employeur d' « *organiser chaque année un entretien qui porte notamment sur les conditions d'activité du salarié et sa charge de travail* ».

De même pour le temps de travail, il ne doit pas dépasser celui d'un salarié de bureau.

Lorsque l'employeur et le salarié mettent en place le système du télétravail, il est important d'imposer le respect du salarié dans la gestion de son temps « *dans le cadre de la législation, des conventions collectives et des règles d'entreprise applicables* ».

809 Par ailleurs, certaines autorités, comme l'employeur, le CHSCT, les délégués du personnel mais aussi l'inspecteur du travail, peuvent venir vérifier que le salarié applique comme il se doit les règles relatives à la sécurité.

Pour ce faire, et vu le statut particulier du domicile du salarié, ils doivent au préalable notifier leur venue auprès du télétravailleur. Ce dernier doit donner son accord.

810 Aussi, il est important de lutter contre l'isolement du télétravailleur.

Le fait de travailler à domicile peut engendrer pour le salarié un certain sentiment de solitude et d'isolement. De ce fait, certaines entreprises organisent régulièrement des réunions entre collègues classiques et télétravailleurs pour lutter contre ce phénomène.

En effet, l'entreprise AXA prévoit des réunions de service tous les jeudis regroupant tous les salariés (télétravailleurs et salariés classiques).

L'ANI du 19 juillet 2005 élabore un système de liaison entre le télétravailleur et son entreprise.

- Le télétravailleur « *doit rencontrer régulièrement sa hiérarchie et ses collègues* ».

Cette autorité préconise de recourir à un « *référént* ».

- Il doit réaliser les mêmes entretiens qu'un salarié de bureau, ainsi que les mêmes évaluations.

De plus, il doit être informé des formations qui s'offrent à lui, comme n'importe quel autre salarié de l'entreprise.

L'article L 1222-10 du Code du travail, impose à l'employeur d'organiser chaque année un entretien annuel qui porte sur les conditions d'activité du salarié et sa charge de travail.

811 Enfin, le télétravailleur bénéficie des mêmes droits collectifs que les autres salariés.

Il doit être avisé de toutes les informations syndicales, pouvoir participer à l'élection des représentants du personnel, mais peut aussi se présenter lui-même, il doit pouvoir les contacter.

Ils sont inscrits au registre du personnel et sont pris en compte dans les effectifs.

De plus, il a été jugé que les déplacements du télétravailleur vers le siège de l'entreprise étaient considérés comme des frais de transports, nécessitant un remboursement de l'employeur au télétravailleur⁹⁰⁸.

Le télétravail n'est pas la seule mesure mise en place par les entreprises pour favoriser une meilleure conciliation vie privée / vie professionnelle du salarié, il est important de soulever la notion essentielle des « codes de conduite » et par conséquent de « bonne conduite » (Section 2).

Section 2 : Les « codes conduite » et de « bonne conduite »

812 La bonne conduite d'une entreprise peut être fondée sur de nombreux principes internes ou externes à l'entreprise, et être formalisée via certains documents n'ayant pas tous la même valeur. Il peut s'agir du règlement intérieur, d'une charte informatique, d'un simple document de l'employeur tel une note mais aussi d'un code de bonne conduite.

Les règles de bonne conduite ou l'éthique d'une entreprise sont représentées en majorité par des principes relevant de la morale.

Une circulaire a précisé ce qu'elle entendait dans la notion d'éthique, en affirmant qu' « *Elle est une discipline pratique et normative qui se donne pour but de dire comment les êtres doivent se comporter. Des critères sont établis pour juger si une action est bonne ou mauvaise et pour juger les motifs et les conséquences d'un acte* »⁹⁰⁹.

Elle rajoute que « *les bonnes pratiques souvent réunies dans un 'guide' ou un 'code', sont des références et des conseils, applicables à une entité* ».

813 Les Codes de bonne conduite ne sont soumis à aucune disposition légale.

Lesdits « codes de bonne conduite » peuvent porter sur de nombreux thèmes très diverses.

⁹⁰⁸ Cass. soc., 14 sept. 2005, no 03.40-180

⁹⁰⁹ Circ. DGT no 2008-22, 19 nov. 2008

Ils se le plus souvent rédigés « *en matière de commercialisation et de protection de la clientèle* »⁹¹⁰, mais aussi sur « *le respect par les collaborateurs des lois et règlements, les conflits d'intérêts, les délits d'initiés et la détention d'informations privilégiées, la transparence et l'exactitude des données transmises par le collaborateur, la protection des informations et de la propriété intellectuelle, les liens de dépendance avec els fournisseurs ou clients...* »⁹¹¹.

La procédure d' « *alerte professionnelle* » ou « *whistleblowing* » peut faire partie de ces codes. Cette mesure permet à n'importe quel salarié de l'entreprise de « *signaler des problèmes pouvant sérieusement affecter son activité ou engager gravement sa responsabilité* »⁹¹².

Les salariés doivent être informés de l'existence de cette mesure protectrice à leur égard.

Lesdites dispositions s'avèreraient illicites⁹¹³.

814 Les dispositions de ces codes doivent s'appliquer à l'ensemble des salariés de l'entreprise, y compris le personnel d'encadrement, ainsi que l'ensemble des représentants du personnel.

Elles doivent avoir une « *portée générale et un objectif de recherche de légitimité sociale* ».

La responsabilité des parties relatives à ce code doivent être mises en jeu lorsqu'un manquement de leurs parts serait constaté.

Il doit porter sur les « *valeurs de l'entreprise* ».

Enfin, avoir une « *portée pratique* », à savoir un caractère « *contraignant* » pour assurer son respect.

815 Si ledit Code contient des restrictions à certaines libertés des salariés, celles-ci doivent suivre le principe de proportionnalité, à savoir être « *justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché* ».

Dans ce sens, la Cour de cassation a affirmé dans un arrêt de la chambre sociale du 8 décembre 2009 que « *les salariés jouissent, dans l'entreprise et en dehors de celle ci, de leur*

⁹¹⁰ Le Lamy droit des affaires – 2015, Importance du « code de bonne conduite »

⁹¹¹ Le Lamy droit des comités d'entreprises, Notes de services ou internes, adjonctions au règlement intérieur, circulaires, chartes ou codes éthiques

⁹¹² Le Lamy droit des comités d'entreprises, Notes de services ou internes, adjonctions au règlement intérieur, circulaires, chartes ou codes éthiques

⁹¹³ Cass. soc., 8 déc. 2009, no 08-17.191

liberté d'expression à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées »⁹¹⁴.

816 Certains pensent que l'élaboration d'un code de bonne conduite peut être considéré comme une entrave indirecte au règlement intérieur, en ce qu'il le modifierait. Par conséquent, le Code de bonne conduite doit être considéré comme un « *plus* » une « *annexe* » du règlement intérieur et non un document que l'on peut substituer au règlement intérieur.

En effet, l'article L 1321-5 du Code du travail affirme que « *Les notes de service ou tout autre document comportant des obligations générales et permanentes dans les matières mentionnées aux articles L. 1321-1 et L. 1321-2 sont, lorsqu'il existe un règlement intérieur, considérées comme des adjonctions à celui-ci. Ils sont, en toute hypothèse, soumis aux dispositions du présent titre* ».

817 L'émergence des Codes de bonne conduite ne fait pas l'unanimité. En effet, le député européen Paul Lannoye, « membre actif » de la commission parlementaire de l'environnement, de la protection des consommateurs et de la santé, estime que « les codes de bonne conduite sont insuffisants » et juge que « la législation est un instrument irremplaçable »⁹¹⁵. De plus en plus de « codes de bonne conduite » font leur apparition ces dernières années⁹¹⁶.

Ces codes font l'objet de nombreux domaines, dont les règles de comportements des salariés en relation avec le respect de leur vie privée.

Ce sont les américains qui sont à l'origine de l'élaboration de ces codes, à travers la loi Sarbanes-Oxley⁹¹⁷. En effet, cette loi a instauré l'obligation pour les entreprises cotées d'élaborer de tels codes⁹¹⁸.

Ces codes permettent la mise en œuvre presque automatique du système d'alerte éthique ou « whistleblowing »⁹¹⁹.

⁹¹⁴ Cass. soc., 8 déc. 2009, no 08-17.191

⁹¹⁵ Interview : les codes de bonne conduite ne sont qu'un premier pas, Paul Lannoye, député européen

⁹¹⁶ Etudes, Chartes éthiques et codes de conduite : état des lieux d'un nouvel enjeu social, mars 2004, <http://212.180.4.240/admin/upload/rp290304sy.pdf> ; Commission européenne, Livre vert sur la responsabilité sociale des entreprises, 18 juill. 2001 ; B. Fliess, et K. Gordon, OCDE, Les codes de conduite des entreprises. Étude approfondie de leur contenu, juin 2000, www.oecd.org/ech.

⁹¹⁷ Loi de 2002 sur la réforme de la comptabilité des sociétés cotées et la protection des investisseurs

⁹¹⁸ L. n° 107-204, 31 juill. 2002, art. 406 ; pour une application : Suez, Code de conduite à l'usage des financiers du groupe.

Dans certaines entreprises, il n'est pas nécessaire que la direction négocie pour imposer un code de bonne conduite que les salariés vont signer par la suite⁹²⁰.

Les salariés peuvent être soumis à certains tests afin de vérifier qu'ils aient assimilé les dispositions de ces codes.

Nous allons voir en premier lieu en quoi l'élaboration d'un Code de bonne conduite permet de renforcer la protection de la vie privée du salarié (Sous-section 1), qui va en second lieu accorder la possibilité à la procédure d' « alerte éthique » de voir le jour (Sous-section 2).

Sous-section 1 : L'opportunité d'élaborer un Code de bonne conduite : un renforcement de la protection de la vie privée du salarié

L'élaboration du Code de bonne conduite doit faire l'objet d'une procédure d'introduction spécifique (§1). Une fois mise en place ledit Code a-t-il une quelconque valeur juridique (§2) ?

§ 1 : La procédure d'introduction du Code de bonne conduite

818 Il faut savoir qu'en France, il n'est pas possible à l'employeur d'imposer un Code de bonne conduite directement à son salarié, une certaine procédure se doit d'être respectée.

Il s'agit d'une « *longue procédure de concertation, de contrôle et de publicité* »⁹²¹.

Même si l'employeur estime que les règles relatives au code de bonne conduite en question sont plus que légitimes, elles ne peuvent être imposées au salarié sans le respect d'une procédure méticuleuse.

D'autant plus que le droit du travail français fait preuve de réticence face à l'efficacité du règlement intérieur. Celui-ci ne s'impose plus au salarié comme faisant partie de l'ensemble contractuel auquel il adhère, mais comme un document au « *caractère unilatéral (...)* résultant de la réalité du rapport de travail »⁹²².

⁹¹⁹ The World Law Group, « Anonymous Sarbanes-Oxley hotlines in the E.U. : practical compliance guidance for global companies », in World Data Protection Report, août 2005, BNA International, www.theworldlawgroup.com

⁹²⁰ Dassault Systèmes, Code of business conduct

⁹²¹ Le régime juridique des « codes de conduite », Lucien Flament, Avocat au barreau de Paris

⁹²² V. J. Grimaldi d'Estra, « Règlement intérieur » : JCl. Travail, Traité, fasc. n° 1-40, 2001, n° 61 et s.

La jurisprudence a affirmé de nombreuses fois que « *le pouvoir de sanction de l'employeur ne peut s'exercer que dans un cadre règlementé* ».

Certains auteurs expliquent cette rigidité procédure française par des raisons historiques, où les employeurs « *régnait* » dans leur entreprise comme ils le désiraient sans aucune restriction. Ils précisent que : « *Le patron est chez lui certes mais ce n'est pas un motif parce qu'on est chez soi de pouvoir tout et que ce qui rentre perde toute dignité, toute personnalité, tout droit et devienne, dès le seuil de la porte, la chose et le bien du maître* »⁹²³.

Certaines juridictions (tribunaux de grande instance de Nanterre et de Versailles) se sont fondées sur ces arguments pour justifier leurs décisions⁹²⁴.

La procédure d'introduction du Code de bonne conduite (B) est susceptible d'être soumise au régime du règlement intérieur (A).

A. La soumission au régime du règlement intérieur : un parallélisme nécessaire

819 C'est la jurisprudence qui a élaboré ce régime.

C'est le contenu du document qui va permettre de savoir si l'employeur doit appliquer le régime du règlement intérieur ou non.

C'est l'administration du travail dans sa circulaire du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnel et au règlement intérieur, qui met en lumière la complexité du régime des codes de bonne conduite car « leur contenu, leur énoncé et leur portée restent très divers » et « peuvent varier entre des déclarations à connotation morale et peu contraignantes et une réglementation précise (...) »⁹²⁵.

La circulaire fait une différence entre les chartes éthiques et codes de conduite qui élaborent des règles générales et permanentes et les autres.

⁹²³ L. Bodeux, *Études sur le contrat de travail*, Thèse Louvain, 1896, p. 104 ; cité par J. Le Goff, préc., p. 226

⁹²⁴ TGI Nanterre (réf.), 6 oct. 2004, CE Novartis Pharma et Fédération FO c/ Sté Novartis Pharma : Dr. Ouvrier mai 2005, p. 219, note F. Saramito – TGI Versailles, 4e ch., 17 juin 2004, CCE Schindler et FTM CGT c/ Schindler SA : Dr. Ouvrier oct. 2004, p. 473, note M.F.B.C. V. ; TGI Lyon (réf.), 14 févr. 2005, CCE SA LGL France, Union départementale CGT du Rhône, Union locale CGT de Saint-Priest et des environs c/ Sté LGL France – AddeI. Meyrat, « Les chartes éthiques doivent-elles prendre place dans le règlement intérieur » : *Semaine sociale Lamy*, supplément, 4 juin 2007, n° 1310, p. 21.

⁹²⁵ Circulaire CGT n° 2008/22, 19 novembre 2008, relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur

Les mesures relatives aux codes de conduite sont assez diverses et ne s'imposent pas toujours au salarié, sauf en cas de règles générales et permanentes.

En général, la jurisprudence considère que le régime du code de conduite doit relever de celui du règlement intérieur, du moins elle « semble l'admettre implicitement »⁹²⁶.

L'emploi de certaines expressions par l'employeur permet de supposer que les dispositions du code de conduite ne représentent en aucun cas une adjonction du règlement intérieur, à savoir « *la société 'favorise', 'vise à promouvoir', ou 'est attentive à'* »⁹²⁷.

Ces expressions ne permettent pas de supposer qu'une certaine sanction découlerait de leur non respect.

A contrario, certaines formules permettent de deviner que la clause en question constitue une adjonction du règlement intérieur, à savoir : « *le code de bonne conduite doit être appliqué par tous* » ou « *le salarié a pris connaissance du code de bonne conduite, au respect duquel il est tenu* ».

Il est nécessaire donc d'étudier les documents en question afin de savoir s'ils sont susceptibles d'avoir une force coercitive ou non à l'égard du salarié.

Qu'en est-il de la procédure du règlement intérieur ?

820 Un certain nombre de salariés est requis pour élaborer un règlement intérieur.

L'article L 1311-2 du Code du travail affirme que « *l'établissement d'un règlement intérieur est obligatoire dans les entreprises [...] employant habituellement au moins vingt salariés* ».

L'article L 1321-1 du Code du travail précise en outre que le règlement intérieur est un document écrit qui fixe exclusivement « *Les **règles générales et permanentes** relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur* ».

Pour qu'une règle soit générale, il faut qu'elle concerne un groupe de salariés, c'est à dire « une certaine catégorie du personnel ».

Cet article précise en outre le contenu des dispositions du règlement intérieur, il doit s'agir des « *mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement (...)* », ainsi que « *Les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement de*

⁹²⁶ [Cass. soc., 28 mai 2008, n° 07-15.744](#), Bull. civ. V, n° 120

⁹²⁷ Antonmattei P.-H. et Vivien P., « Charte d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives », Rapport au ministre délégué à l'Emploi, au Travail et à l'Insertion professionnelle des jeunes, janv. 2007

conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité des salariés, dès lors qu'elles apparaîtraient compromises », avec d'ailleurs l'instauration du droit d' « *alerte professionnelle* » ou « *whistleblowing* » que nous développerons plus tard.

Le domaine de prédilection du règlement intérieur reste l'élaboration de la liste des sanctions qu'il peut imposer au salarié.

De plus, il est nécessaire de rappeler dans ce document les dispositions législatives relatives aux droits de la défense des salariés, à la procédure disciplinaire, ainsi que les textes correspondants au harcèlement sexuel et moral (article L 1321-2 du Code du travail).

821 Enfin, certaines dispositions ne peuvent figurer dans le règlement intérieur comme celles qui sont « *contraires aux lois et règlements ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise* », mais aussi celles qui « ***apportent aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*** », ainsi que toutes les dispositions discriminatoires (article L 1321-3 du Code du travail).

822 Il va de soit que le règlement intérieur doit être rédigé en français (article L 1321-6 du Code du travail) et en particulier lorsque certaines dispositions du code de bonne conduite renvoient directement à l'application du règlement intérieur.

A contrario, la disposition du code de bonne conduite serait inopposable au salarié et à l'employeur. En effet, la jurisprudence affirme que « tout document comportant des obligations pour le salarié ou des dispositions dont la connaissance est nécessaire pour l'exécution de son travail doit être rédigé en français », à défaut le salarié peut se prévaloir de leur inopposabilité⁹²⁸.

La procédure du règlement intérieur sera donc étendue à l'élaboration des Codes de bonne conduite (B).

⁹²⁸ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-67492 : CSBP août-sept. 2011, p. 220, A 54, note F.-J. Pansier

B. Une application étendue aux Codes de bonne conduite

823 Pour appliquer le régime du règlement intérieur au code de bonne conduite, il est nécessaire de savoir s'il contient des règles générales et permanentes relatives à la discipline (article L 1321-1 du Code du travail).

Il suffit donc qu'il s'agisse de dispositions à caractère générale et permanente pour que le code de bonne conduite soit soumis à la procédure du règlement intérieur.

Par exemple, la société NOVARTIS avait tenté de justifier l'absence de procédure de certaines règles figurant dans le code de bonne conduite en arguant que certes elles avaient un caractère générale et permanent mais qu'elles ne contenaient pas de dispositions relatives à la discipline. En effet, le tribunal affirme que « *les instructions écrites données par la société Novartis Pharma SAS doivent être strictement suivies par le collaborateur* » et rajoute que « *l'absence de mention d'une sanction ne suffit par conséquent pas à empêcher l'application de la procédure du règlement intérieur à des règles générales et permanentes relatives à la discipline* »⁹²⁹.

824 La procédure relative au règlement intérieur n'a pas vocation à s'appliquer pour les codes déontologiques, qui se cantonnent à « *rappeler les règles issues de la déontologie professionnelle et n'ont pas la même nature juridique qu'un règlement intérieur* »⁹³⁰.

D'autant plus que lesdites règles ont un caractère trop général, en effet le Conseil d'Etat a affirmé que « *les recommandations générales (...) doivent être écartés [de la procédure] du règlement intérieur* »⁹³¹.

Lorsque certaines clauses du code de bonne conduite sont susceptibles de porter une atteinte aux droits et libertés fondamentales du salarié, celles-ci doivent faire l'objet d'un contrôle de l'Administration.

Le Tribunal de Grande instance de Nanterre en date du 6 octobre 2004⁹³² affirme que « *s'il est louable pour une société de rappeler à son personnel un certain nombre de règles d'éthique dans la conduite de la vie professionnelle, et s'il est normal que soient envisagés les cas où*

⁹²⁹ Juge des référés de Nanterre ; tableaux de synthèse proposés notamment par l'annexe à la circulaire DGT n° 2008/22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes d'éthique professionnelle et au règlement intérieur.

⁹³⁰ Décision en date du 17 juin 2004 (CCE Schindler et FTM CGT c/ Schindler SA)

⁹³¹ CE, 12 nov. 1990 : AJDA 1991, p. 484, obs. X. Prétot – CE, 11 juill. 1990 : JCP E 1991, II, 123, note O. Godard ; cité par J. Grimaldi d'Estra, préc.

⁹³² Trib. gr. inst. Nanterre, 6 octobre 2004, cf. Sonia Hadjali, «Consultez votre CE avant de diffuser une charte éthique sur l'intranet», L'Usine Nouvelle, no 2940 du 18 novembre 2004

peuvent se produire des conflits d'intérêt entre la vie professionnelle et la vie personnelle, encore faut-il que ces règles ne constituent pas une atteinte à la vie privée du personnel, ou une modification indirecte du règlement intérieur ; Attendu qu'il ressort des paragraphes non supprimés, que la société Novartis entend être informée par ses collaborateurs de tout type "d'occupation gouvernementale, politique bénévole ou civique" et entend soumettre à autorisation lesdites activités ; Attendu que de surcroît Novartis entend gérer indirectement les activités des autres membres de la famille des collaborateurs ; [...] ».

Il s'agit d'un exemple de clause qui porte atteinte aux droits et libertés fondamentales du salarié, à savoir sa **vie privée** à travers la connaissance et l'autorisation de l'employeur relatives aux occupations gouvernementale, politique bénévole ou civique du salarié.

De plus, ces dispositions n'avaient pas fait l'objet de la procédure spécifique au règlement intérieur (consultation du comité d'entreprise, du CHSCT et de l'inspecteur du travail).

Il s'agissait de dispositions qui figuraient dans l'intranet de l'entreprise, de ce fait le tribunal en question a ordonné « *une interdiction de diffusion* » des règles de conduite sur le site intranet de la société jusqu'à ce que l'employeur réalise les formalités exigées par le tribunal » (astreinte de dix mille euros par jour de retard).

825 Par ailleurs, il est interdit d'insérer des clauses qui seraient contraires aux libertés fondamentales : à savoir des clauses qui porteraient atteinte à la liberté de conscience⁹³³, au droit au mariage⁹³⁴ ou qui limiteraient l'activité professionnelle du conjoint.

Les clauses restrictives aux libertés individuelles sont interdites aussi, à savoir :

- celles qui imposeraient une « *interdiction de discussions politiques ou religieuses* » et même « *toute conversation étrangère au service* »⁹³⁵,
- une « *interdiction de porter des badges ou des insignes* »,
- « *d'introduire un journal dans l'entreprise* »,
- « *d'adopter un style de coiffure* »,
- « *l'obligation d'indiquer la profession du conjoint* »,
- « *l'obligation de présenter des réclamations par la voie hiérarchique* »⁹³⁶,
- « *l'interdiction pour des caissières d'accepter le passage à leur caisse de clients membre de leur famille* »⁹³⁷,

⁹³³ Trib. adm. Nantes, 22 octobre 1982, Gaz. Pal. J. 18/19-2- 83, p. 18

⁹³⁴ Cass. soc., 10 juin 1982, Bull. civ. 1982, V, no 392

⁹³⁵ Cons. d'État, 25 janvier 1989, D. 1990 p. 202

⁹³⁶ Circulaire DRT no 5-83, 15 mars 1983, BO trav. no 83/16.

⁹³⁷ Cons. d'État, 9 décembre 1994, Ministre du Travail c. Auby France.

- des clauses ou des sanctions discriminatoires.

826 Nous pouvons donc nous demander ce qu'il en est de la procédure du règlement intérieur et de ses sanctions.

Si la procédure spécifique du règlement intérieur n'est pas respectée, des sanctions en découleront.

L'article L 1321-4 du Code du travail précise que l'introduction du règlement intérieur est soumise à « *l'avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ainsi que, pour les matières relevant de sa compétence, à l'avis du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail* ».

Ledit règlement doit faire l'objet d'un contrôle par l'inspecteur du travail, qui a le pouvoir d'exiger « *le retrait ou la modification des dispositions contraires à la loi* »⁹³⁸.

L'employeur n'étant pas satisfait des modalités et / ou des conséquences du contrôle en question pourra faire usage de la procédure du « *recours en excès de pouvoir* » devant les juridictions administratives⁹³⁹.

827 Enfin, les salariés, ainsi que les autorités dépositaires doivent être informés de la mise en œuvre du règlement intérieur.

Ce dernier doit être « *affiché à une place convenable et aisément accessible dans les lieux de travail ainsi que dans les locaux (...)* » (article R 1321-1 du Code du travail).

Une fois ces formalités de dépôt et de publicité réalisées, un délai d'un mois devra s'écouler avant que le règlement intérieur entre en vigueur.

828 Quant aux sanctions, lorsque les dispositions propagées par un code de bonne conduite engendrent une modification du règlement intérieur, sans respecter la procédure spécifique, il en résulte un « *trouble manifestement illicite* ».

L'entreprise qui ne respecte pas son obligation de consultation du comité d'entreprise (article L 2328-1 du Code du travail) ou du CHSCT (article L 4742-1 du Code du travail), est coupable du délit d'entrave au bon fonctionnement de ces organismes.

⁹³⁸ Circ. DGT n° 2009/09, 17 avr. 2009, relative à la compétence territoriale des membres de l'inspection du travail saisis d'un règlement intérieur unique

⁹³⁹ G. Berthon et D. Chenu, « Le contrôle juridictionnel de la légalité du règlement intérieur une tentative de clarification » : Dr. soc. 2007, p. 1142

L'avis du CHSCT est indispensable pour tout ce qui concerne la santé et la sécurité des salariés.

Si la procédure du règlement intérieur n'a pas été respectée pour l'élaboration du code d'éthique, ce dernier serait « *dénué de toute valeur juridique* » et « *inopposable aux salariés* » (article L 1321-4 du Code du travail).

Les clauses relatives à un code de bonne conduite qui n'aurait pas suivi scrupuleusement la procédure sont inexistantes pour le salarié (Tribunal de grande instance de Versailles).

De même pour des dispositions qu'il considérerait comme attentatoires à la vie privée du salarié en vertu des articles L 1321-3 et L 1121-1 du Code du travail.

Aussi, il se peut qu'un employeur ayant respecté la procédure pour le règlement intérieur originel décide d'insérer des codes de bonne conduite, d'éthique ou des chartes a posteriori.

L'entreprise peut se mettre dans une situation d'irrégularité involontairement

Dans ce cas, un « *audit du texte* » en question doit être effectué.

Ces nouvelles dispositions constituent, comme le précise le Code du travail une « adjonction » au règlement intérieur (article L 1321-5 du Code du travail).

La procédure relative à la mise en œuvre du règlement intérieur doit être élaborée, à commencer par l'obtention de l'avis du comité d'entreprise, le cas échéant des délégués du personnel et du CHSCT.

L'inspecteur du travail doit recevoir cet avis.

Une fois la procédure respectée, les règles pourront être opposables au salarié et surtout de « *permettre la discussion avec les représentants du personnel qui est garante de la protection de l'intérêt des salariés et de leurs droits* »⁹⁴⁰.

Si l'employeur sanctionne le salarié en se fondant sur des règles de bonne conduite sans respecter la procédure préalable, le juge est fondé à annuler ladite sanction.

De plus, le juge pourrait se voir opposer une sanction pénale, ainsi qu'une poursuite pour délit d'entrave aux fonctions du comité d'entreprise.

Il est nécessaire de préciser que les NTIC ont permis de faciliter l'introduction dans l'« intranet » de l'entreprise, de certaines règles de bonne conduite.

Une fois mis en œuvre, les Codes de conduite ont-ils une certaine valeur juridique (§2) ?

⁹⁴⁰ «Recueillir l'avis du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel constitue une formalité protectrice de l'intérêt des salariés», Cass. soc., 4 juin 1969, Bull. cass. 1969, V, no 367

§ 2 : Une valeur juridique adoptée du Code de conduite ?

829 Sous l'impulsion des Etats-Unis (avant gardistes en matière d'éthique), l'éthique fera son apparition en France dans les années quatre-vingt (80) dans certains domaines, à savoir : la biologie, la finance, la politique, les médias, l'environnement, le commerce.

L'évolution de la société, à travers notamment toutes les problématiques relatives à la vie privée du salarié (religion, vêtements ...etc), la mutation du modèle familial (famille monoparentale, émancipation de la femme ...etc) mais aussi l'avènement des NTIC a accéléré l'apparition des codes d'éthiques en entreprise.

André ROGER a affirmé dans ce sens que l'éthique est un « *outil de gestion, favorable à l'intérêt de l'entreprise* ». Selon le philosophe Alain ETCHEGOYEN : « *La morale commande, l'éthique recommande* »⁹⁴¹.

L'éthique « *rend l'entreprise socialement responsable à travers l'exemple des membres qui la composent (comportement éthique), elle suscite la confiance à l'intérieur comme à l'extérieur de l'organisation, elle exige le respect de l'autre* »⁹⁴².

Il est nécessaire en premier lieu d'établir la notion d'éthique et de Code d'éthique (de conduite) (A), pour ensuite déterminer la force juridique dudit Code (B).

A. La notion d'éthique et de Code d'éthique / Code de conduite

1) La définition

830 Le Code de conduite ou d'éthique contient un ensemble de règles devant être appliquées par l'ensemble des salariés de l'entreprise. Il se distingue du code déontologique en ce qu'il exprime des règles morales. Ces principes éthiques ne font donc pas l'unanimité chez tous les employeurs qui craignent de un frein dans la croissance économique de leur entreprise.

Selon M. Friedman (prix nobel américain) : « Les entreprises n'ont pas d'autres responsabilités que celle de gagner de l'argent et quand, animées par un élan de bienveillance, elles tentent d'assurer des responsabilités supplémentaires, il en résulte souvent plus de mal que de bien ».

⁹⁴¹ A. Etchegoyen, *La valse des éthiques*, François Bourdin, Paris, 1991

⁹⁴² *L'entreprise et l'éthique*, Françoise De Bry, Maître de Conférences en sciences de gestion

Quant au Professeur Jacques CHEVALLIER, celui – ci considère le code de conduite comme un « droit post-moderne »⁹⁴³.

831 La critique de la politique d' « appât du gain » provient de certains philosophes tel Platon qui parlaient des marchands et usuriers comme des « frelons » et des « gueux », mais aussi Aristote qui affirmait que la richesse n'est qu'une « fin en soi », un « moyen au service de l'homme ».

Les romains quant à eux méprisaient la richesse, provenant du travail qui la produisait.

C'est au Moyen-âge que les premiers rapports entre la morale et l'économie ont été élaborés.

Des règlements ont été institués afin de régir les relations économiques avec la « contrainte sociale ».

C'est la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1945 qui va insérer les principes éthiques dans la politique interne et externe de l'entreprise.

832 La doctrine parle de paternalisme en entreprise :

Il est nécessaire de citer le « *paternalisme matériel* », qui permet de financer certaines entreprises à savoir les crèches, hôpitaux, écoles... etc, mais aussi le « *paternalisme moral* » qui représente l'attitude du salarié à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise en exerçant sa vie privée (personnelle et familiale).

Le premier principe éthique de l'employeur d'une entreprise est celui du respect des droits de l'homme, de la dignité humaine, il s'agit du « *fondement même des relations sociales de l'entreprise* »⁹⁴⁴.

833 Les principes d'éthique en entreprise quant à eux, permettent de réajuster les relations employeur / salariés qui pourraient s'avérer « *déséquilibrées* » via le contrat de travail.

En effet, l'employeur est considéré comme « *la partie forte* » du contrat de travail, de ce fait, l'introduction en entreprise d'un code d'éthique pourrait rendre ces relations plus égales.

Le Professeur ROUSSEAU parle d'un « *rééquilibrage de contrat psychologique* »⁹⁴⁵.

⁹⁴³ Jacques Chevallier, Vers un droit post-moderne ?, R.D.P. 1998, p. 659

⁹⁴⁴ Françoise DE BRY

⁹⁴⁵ D.-M. Rousseau, « Psychological and implied contracts in organisation », Employee Responsibilities and Rights Journal, vol. 2, 1989, p. 121-139

Les principes éthiques de l'entreprise ne doivent pas être exclusivement ceux relatifs à l'employeur, son mode de pensée, mais aussi ses intérêts, en effet, l'élaboration de ce code doit prendre en considération les intérêts des salariés.

Il doit s'agir d'une prise en compte collective des intérêts de chacune des parties de l'entreprise.

Ce code d'éthique doit être appliqué en premier lieu par la direction, qui se doit de montrer l'exemple : *« Il revient aux chefs, et notamment aux premiers d'entre eux, d'être aussi exemplaire que possible »*⁹⁴⁶.

*« L'éthique collective de l'entreprise s'assigne comme objectif de placer chacun de ceux qui participent à l'entreprise, et sur lesquels le pouvoir du dirigeant s'exerce, dans des conditions d'exercice de leurs fonctions qui leur permettent de pouvoir développer un comportement éthique »*⁹⁴⁷.

2) Les dispositions relatives à la protection de la vie privée du salarié dans le Code d'éthique

834 Il est nécessaire de voir en premier lieu, la limitation de l'accès à internet.

En effet, nous avons vu dans les chapitres précédents que le salarié pouvait vaquer à certaines occupations personnelles durant la journée à condition que ladite utilisation soit limitée et non abusive.

Il est nécessaire d'adopter une bonne communication employeur / salariés pour les responsabiliser sur l'utilisation d'internet en entreprise.

De ce fait, des réunions d'informations peuvent être organisées. Mais au préalable, l'employeur se doit de réunir le comité d'entreprise à cet effet, il peut réaliser des séminaires et ateliers afin de négocier sur ce sujet avec les salariés ainsi que leurs représentants.

Un accord sur les conditions d'utilisation du web peut être élaboré.

Ces négociations peuvent conduire à l'élaboration de la rédaction d'un « code de bonne conduite », afin de limiter le nombre d'heures sur internet, les règles d'utilisation de la messagerie électronique.

Ce code devra faire l'objet d'une publicité dans l'entreprise, via le tableau d'affichage, le règlement intérieur, le journal d'entreprise ou un document PDF envoyé par mail.

⁹⁴⁶ F. Lenoir, Le temps de la responsabilité. Entretiens sur l'éthique, Paris, Fayard, 1991, p. 128.

⁹⁴⁷ G. Amédée-Manesme, « L'exercice du pouvoir du dirigeant au service d'une éthique d'entreprise », Revue Entreprise Éthique, no 6, avril 1997, p. 31

L'amélioration de la qualité de vie au travail peut faire l'objet d'un Code de bonne conduite. Les premières entreprises ayant élaboré un Code de bonne conduite sont : Air France et EDF en 2010, suivi par Areva en 2012, ainsi que Thales en 2014.

835 En second lieu, le Code de bonne conduite peut instaurer un droit à la déconnexion.

Dans ce sens, l'entreprise Areva met en garde sur l'utilisation des NTIC en entreprise en affirmant que leur utilisation ne doit pas « *devenir un mode exclusif d'animation managériale et de transmission des consignes de travail* », et rajoute que « *le salarié dispose d'un droit à la déconnexion. La hiérarchie s'assurera par son exemplarité du respect de cette mesure* », sauf exceptions relatives à des « *circonstances particulières nées de l'urgence et de l'importance des sujets traités* ».

L'entreprise Renault quant à elle, interdit l'envoi de mails ou d'appels téléphoniques le soir et le week-end.

Il ne repose en aucun cas une obligation sur les salariés de « *répondre aux mails en dehors des heures de travail* ». Le Code peut donc instaurer un système d' « *envoi différé des messages* ».

Puis, certaines sociétés telles Sodexo, Alcatel ou Canon ont imposé des « *journées sans mails* ».

Mais ce système n'a pas remporté l'unanimité des directions d'entreprise, l'ORSE (l'observatoire de la responsabilité sociétale des entreprises) a précisé qu'il s'agissait d' « *actions de communication symbolique qui doivent permettre aux salariés de recourir à d'autres formes de dialogue* ».

Quant à la mutualiste Reunica, celle-ci a imposé à travers son Code de bonne conduite, des mesures relatives au « bien-être au travail », précisant que les mails professionnels ne seront plus transmis sur les boîtes personnelles des salariés entre 20 heures et 7 heures du matin dans la semaine et du vendredi soir au lundi matin.

Cette mesure fait l'objet d'une approbation de la part des salariés.

Ci-joint en annexe un exemple de rédaction de clauses de bonne conduite en entreprise

Ces codes une fois rédigés ont-ils une certaine force juridique (B) ?

B. La force juridique des codes d'éthique / codes de conduite

836 Les dispositions relatives à ces codes de conduite ont – ils une force coercitive sur les salariés de l'entreprise ? au même titre que les règles de droit ?

Autrement dit, peut – on parler d'une règle du code de conduite comme une règle de droit « *classique* » ?

Laurence BOY affirme qu'une sanction doit découler de cette mesure pour lui accorder un caractère juridique : c'est « l'éventualité du recours à un juge ou à un arbitre qui permet d'affirmer que telle norme de fait est en même temps une norme juridique ou ne l'est pas »⁹⁴⁸.

837 Nous pouvons donc nous demander ce que représente l'éthique / la bonne conduite en entreprise.

Le code de bonne conduite peut rassembler des règles représentants les valeurs de l'entreprise, ses objectifs, mais aussi des règles de loyauté.

Selon la doctrine, il s'agit d'une « *énumération de préceptes dont les objets sont disparates* ». Si le « *principe du code de bonne conduite* » relève d'un « *principe de droit* », il pourra lui être reconnu un « *caractère juridique* », tout comme les codes qui résultent des autorités administratives indépendantes.

En pratique, en entreprise, les mesures de ces codes représentent des « *simples recommandations* » n'ayant pas de caractère coercitif.

Il s'agit de mesures recommandant d'adopter une certaine « *discipline* », à savoir des mesures « *auto disciplinaires* ». Elles peuvent combler un vide juridique ou « *attendre* » que le législateur intervienne dans le domaine en question (droit à la déconnexion par exemple).

838 De plus, l'association de l'éthique à la politique de l'entreprise, et sa publication permet d'en faire un « *élément contractuel* » qui s'impose aux salariés au même titre que le contrat de travail.

De même lorsque l'éthique intègre la « *politique de management* » de l'employeur.

Le juge peut consacrer certaines des règles résultant desdits codes lorsqu'elles concernent des notions habituelles du droit, à savoir, les fautes, la fraude, le dol, la bonne foi.

⁹⁴⁸ Laurence Boy, Normes, R.I.D.E. 2/1998, p. 115 ; La valeur juridique de la normalisation, in Les transformations de la régulation juridique, L.G.D.J. 1998, p. 183

Il est nécessaire qu'elles soient considérées par le juge comme des « normes classiques » du droit. « *L'ordre juridique étatique participe à l'effectivité d'une norme de conduite édictée ou élaborée par un ordre juridique privé dans la mesure où il voit, notamment, un standard professionnel dont la violation est constitutive d'une faute* »⁹⁴⁹.

De plus, les mesures de conduite peuvent avoir une certaine valeur juridique si elles la « forme d'**usage** ». En cas d'absence de réglementation en vigueur, ou de convention collective, le juge se réfère auxdits usages. La loi⁹⁵⁰ et la jurisprudence peuvent accorder à l'usage une portée législative.

Enfin, lorsque l'usage en question a les mêmes caractéristiques qu'une coutume, il peut aussi acquérir la valeur de règle de droit. L'usage doit être « ancien, constant, notoire, général ».

839 Ces principes éthiques pour avoir une valeur juridique doivent correspondre et respecter les principes législatifs en vigueur, mais aussi être en conformité avec « *l'intérêt social* ».

En vertu de l'article 1832 du Code civil, l'entreprise est définie comme « *une société qui est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ».

Il s'agit là d'une définition mettant en avant l'objectif économique de l'entreprise, ce qui est antinomique de la conception « *moraliste* » du code de conduite.

L'éthique peut se trouver « *limiter* » par le caractère économique de l'entreprise.

840 Nous pouvons légitimement nous demander si l'éthique d'une entreprise peut se trouver limiter par l'intérêt social de celle-ci.

Pour cela il est nécessaire de savoir au préalable ce que représente l'intérêt social de la société. Une controverse doctrinale existe à ce sujet, certains pensent qu'il s'agit de l'intérêt des associés, alors que d'autres considèrent qu'il s'agit de l'intérêt de l'entreprise⁹⁵¹.

Si le code de conduite insère des dispositions relatives à la gestion de l'entreprise, un conflit relatif à l'intérêt social des dirigeants et associés pourra en résulter.

⁹⁴⁹ Filali Osman, Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandation, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit, R.T.D. Civ. 1995, p. 509

⁹⁵⁰ L'article 1736 du Code civil dispose que « le bailleur ou le locataire d'un bail fait sans limitation de durée peut donner congé à tout moment à la condition d'observer les délais fixés par les usages des lieux »

⁹⁵¹ Jean-Pierre Bertrel, La position de la doctrine sur l'intérêt social, Droit et Patrimoine, avril 1997, p. 42

Lesdites dispositions devront se conformer à l'intérêt social en question.

841 Certains auteurs ont relevé que certaines dispositions des codes d'éthique ne vont pas tout le temps dans le sens de l'intérêt économique de l'entreprise.

Au niveau des dispositions des codes de conduite relatives au respect de la vie privée, en particulier celles imposant un droit à la déconnexion, nous pouvons douter du fait qu'elles soient antinomiques d'un intérêt économique de la société...

En effet, une déconnexion du salarié en dehors de ses temps et lieux de travail lui permettrait de réaliser une vraie coupure entre sa vie privée et sa vie professionnelle afin d'être plus investi dans son travail à son retour dans l'entreprise.

842 Retenons que si ces principes ont une véritable valeur juridique, ils devront être respectés par les salariés sous peine de sanctions.

De ce fait, l'employeur devra intégrer ces principes dans la politique de direction de son entreprise.

De même au niveau de l'employeur et de la société, ces derniers ne pourront faire l'objet de sanctions que si les dispositions de ces codes qui ne sont pas respectées ont une valeur juridique / législative.

A contrario, nous pouvons douter de l'efficacité de l'insertion de ces codes de conduite, qui ne représenteraient que de simples « normes de fait dont l'application dépendrait du bon vouloir des dirigeants »⁹⁵².

*« L'effectivité réelle des dispositions relatives à ces codes de conduite passe par leur juridicisation »*⁹⁵³.

843 Concernant la protection des données personnelles des salariés ou le respect de la vie privée des salariés concernant leur mode de surveillance, les codes de conduite permettent de compléter la loi.

En revanche, ils constituent une véritable valeur ajoutée au sujet de l'élaboration de dispositions prônant le droit à la déconnexion, qui ne fait pas encore l'objet d'une disposition législative.

⁹⁵² Point de vue sur l'éthique de l'entreprise, Philippe AONZO, docteur en droit

⁹⁵³ Ibid

L'apparition des Codes de conduite a permis l'extension de la procédure d' « alerte éthique » qui jusque là n'a pas encore été élargie à la problématique de la vie privée du salarié (Sous-section 2).

Sous – section 2 : L'opportunité d'élargir la procédure d' « alerte éthique » aux principes relatifs au respect de la vie privée du salarié

Nous allons tout d'abord établir la notion d'alerte éthique (§1), afin d'élaborer la procédure en question (§2).

§ 1 : L'élaboration de la notion d'alerte éthique

L'origine de l'alerte éthique a permis d'établir une définition de cette notion (A), afin de lui accorder une certaine « force juridique » (B).

A. L'origine et la définition de la notion d'alerte éthique

844 Ce sont les américains qui sont à l'origine de cette procédure d'alerte éthique, qui succédait aux scandales financiers des années 2000.

La loi Sarabanes-Oxley a donc été adoptée pour mieux régir les la politique des sociétés cotées. Elle s'applique aux sociétés cotées américaines et étrangères cotées aux Etats-Unis (et à leur filiales). Les sociétés françaises cotées aux Etats-Unis ainsi que les filiales de sociétés cotées aux Etats-Unis sont soumises à cette loi.

Dès lors qu'un principe éthique viendrait à ne pas être respecté, un salarié de l'entreprise peut « donner un coup de sifflet » ou « tirer la sonnette d'alarme ».

Nous parlons d' « alerte éthique » en France.

Les français étaient réticents à l'introduction d'un tel procédé, le considérant comme un système de « délation à des fins de promotion personnelle ».

A l'origine cette alerte permet au salarié d'alerter les autorités dès qu'ils prendraient connaissance de délits comptables, financiers ou corruption au sein de leur société.

Il s'en suit une enquête, ainsi que des sanctions disciplinaires voire judiciaires.

Nous pouvons en déduire que ce droit d'alerte s'applique au salarié dès lors qu'il se rend compte qu'un principe éthique relatif au respect de la vie privée du salarié n'a pas été respecté.

845 Cette loi intègre en effet parfaitement la politique américaine de « *corporate governance* » traduit en France par « gouvernement d'entreprise ».

Les premiers principes de « *bonne gouvernance* » d'entreprise proviennent de cette loi. Les sanctions en résultant proviennent de l'autorité boursière / du marché et non de l'autorité étatique.

Qu'en est – il des principes éthiques relatifs à la protection de la vie privée du salarié ?

Nous avons vu précédemment qu'ils avaient une valeur coercitive s'ils avaient une valeur juridique.

846 L'élaboration de l'alerte permettait à l'origine de préserver les intérêts de la société, ils permettent dès lors avec l'introduction de nouveaux principes d'éthiques de préserver les intérêts des salariés, en particulier leur vie privée.

Seulement, l'alerte éthique ne fait l'objet d'aucune réglementation en vigueur.

Le procédé en question est établi en fonction du droit existant, à savoir : le droit du travail, le droit des sociétés et la loi « *informatique et libertés* »⁹⁵⁴.

La procédure de l'alerte éthique a donc été établie pour prévenir de tous infractions relatives au principe de « *bonne gouvernance* ».

Il serait judicieux de pouvoir appliquer cette procédure pour les infractions relatives au non respect des dispositions du code de conduite relatives à la vie privée.

La procédure est – elle applicable aux principes d'éthique prônant le respect de la vie privée du salarié ?

Pour répondre à cette question, nous devons au préalable déterminer la « force juridique » de cette procédure d' « alerte éthique » (B).

B. La « force juridique » de la procédure d' « alerte éthique »

847 Il est donc nécessaire d'élaborer un code de conduite dans l'entreprise afin de mettre en œuvre ce système d'alerte éthique.

Ce code va préciser les valeurs de l'entreprise, ainsi que les « engagements éthiques » qu'elle prend à l'égard de ses salariés, actionnaires ...etc. Ces derniers doivent suivre lesdits principes.

⁹⁵⁴ L. no 78-17 du 6 janvier 1978, loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JO du 7 janvier 1978, p. 227, modifiée par la loi no 2004-801 du 6 août 2004, JO du 7 août 2004, p. 14063

Il est essentiel que ce code ait une « *force juridique* », pour cela il faut qu'il soit considéré comme une « *émanation du règlement intérieur* ».

Certains pensent que sa force juridique pourrait résulter de négociations collectives.

848 La définition du règlement intérieur située à l'article L 1321-1 du Code du travail permet de déduire que les dispositions du code de conduite relève d'autant plus du domaine règlement intérieur, à savoir :

« 1° *Les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement, notamment les instructions prévues à l'article L. 4122-1 ;*

2° *Les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement de conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité des salariés, dès lors qu'elles apparaîtraient compromises ;*

3° *Les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur* » (article L 1321-1 du Code du travail).

849 De plus, la circulaire ministérielle du 15 mars 1983 affirme que « les dispositions du règlement intérieur sont nécessaires à la fois pour assurer la coexistence entre les membres de la communauté de travail et pour atteindre l'objectif économique pour lequel cette communauté a été créée »⁹⁵⁵.

Le code de conduite doit donc être mis en place en suivant la procédure relative à la modification d'un règlement intérieur.

Le code de conduite doit faire l'objet d'une information et d'une consultation des représentants du personnel et des salariés.

850 L'article L 2323-32 du Code du travail impose aussi la consultation du comité d'entreprise.

Au niveau des conditions d'hygiène et de sécurité des conditions de travail l'article L 4523-2 du Code du travail impose la consultation du CHSCT.

⁹⁵⁵ Circulaire ministérielle du 15 mars 1983, Dr. social 1983, p. 573, Liaisons sociales, 1983, légis. no 5313

Le Tribunal de Grande Instance de Libourne impose via une ordonnance d'adapter le *whistleblowing* en France « *en concertation avec les institutions représentatives du personnel* ».

Les salariés eux même doivent être tenus informés de la mise en œuvre de ce code de conduite.

851 Le code de conduite doit déterminer les comportements qu'elle considérerait comme « *non éthique* », ainsi que la sanction qui en résulterait.

En ce qui concerne la vie privée des salariés, il s'agirait de toute la procédure relative à la collecte de données personnelles, aux systèmes de vidéo surveillance mais aussi au droit à la déconnexion du salarié en dehors de ses heures de travail afin de préserver sa santé physique et mentale. Le code de conduite doit donc s'appliquer à tous les salariés de l'entreprise.

Comme nous l'avons précisé précédemment, un code de conduite « *émanant* » du règlement intérieur, doit faire l'objet d'une application collective.

Certains auteurs se sont interrogés sur la pertinence de l'application dudit code à tous les salariés. En effet, concernant les auteurs des infractions financières sont des cadres et non des simples ouvriers.

De même si l'on transpose la problématique à la vie privée du salarié, le droit à la déconnexion a vocation à s'appliquer en grande majorité au personnel d'encadrement et non à l'ensemble des salariés.

Contrairement à la protection des données personnelles ou à la surveillance des salariés.

Serait – il nécessaire d'appliquer certaines dispositions du code à certains salariés et pas à d'autres ? Ou dans un souci de facilité appliquer l'ensemble du code à tous les salariés ?

852 La CNIL a affirmé qu'en vertu du principe de proportionnalité, il revenait à l'employeur de déterminer les différentes catégories de personnel à qui devait s'appliquer le dispositif d'alerte⁹⁵⁶.

⁹⁵⁶ Délibération no 2005-110 du 26 mai 2005 relative à une demande d'autorisation de McDonald's France pour la mise en oeuvre d'un dispositif d'intégrité professionnelle. Délibération no2005-111 du 26 mai 2005 relative à une demande d'autorisation de la Compagnie européenne d'accumulateurs pour la mise en oeuvre d'un dispositif de ligne éthique. Projet de lignes directrices pour la mise en oeuvre de dispositifs de signalement professionnel conformes à la loi du 6 janvier 1978 modifiée en août 2004, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Cnil, secrétariat général, 13 octobre 2005. Documentation d'orientation adoptée par la Commission le 10 novembre 2005 pour la mise en oeuvre de dispositifs d'alerte professionnelle conformes à la loi du 6 janvier 1978 modifiée en août 2004,

De même pour le « *groupe de l'article 29* »⁹⁵⁷.

La plupart des autorités prônent une application du droit d'alerte à un cercle restreint de salariés, à savoir la direction, le personnel d'encadrement et ceux présents dans les sièges sociaux.

853 Mais si l'on transpose le droit d'alerte aux manquements relatifs à la vie privée du salarié, ne serait-il pas plus logique et plus légitime de l'étendre à l'ensemble des salariés ?

Afin d'assurer une protection renforcée de la vie privée du salarié.

Au niveau des personnes « dénoncées », la CNIL préconise de définir à l'avance les personnes qui pourront faire l'objet du droit d'alerte.

Il revient à l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction de préciser qui sont ces personnes.

Le « *groupe de l'article 29* » précise que ce pouvoir de l'employeur doit être encadré via le respect du principe de proportionnalité. De plus, une appréciation « *in concreto* » c'est – à – dire en fonction des circonstances de chaque entreprise doit être réalisée par l'employeur.

Il serait logique que tout salarié ou membre du personnel d'encadrement qui contreviendrait au respect de la vie privée d'un autre salarié puisse faire l'objet d'une « *délation* ».

Une conception étendue de la notion de « *salarié dénoncé* » conviendrait d'être approuvée.

Concernant une légitimité d'un droit d'alerte des tiers à l'entreprise, l'Afep et le Medef se prononcent en faveur de cette extension, (provenant des clients ou fournisseurs)⁹⁵⁸.

Une telle extension garantit une plus grande protection de la vie privée des salariés.

Dans cette lignée, il est logique d'étendre le droit d'alerte aux administrateurs de la société.

relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Cnil, 10 novembre 2005. Délibération no2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en oeuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnel, JO du 4 janvier 2006. Cf. <http://www.cnil.fr>

⁹⁵⁷ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et la libre circulation de ces données et Opinion 1/2006, On the application of UE data protection rules to internal whistleblowing schemes in the fields of accounting, internal accounting controls, auditing matters, fight against bribery, banking and financial crime. Consultable sur le site : http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/2006_en.htm

⁹⁵⁸ Observations de l'Afep et du Medef sur le projet de lignes directrices pour la mise en oeuvre de dispositifs de signalement professionnel conformes à la loi du 6 janvier 1978 modifiée le 6 août 2004, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Afep Medef, 27 octobre 2005 ; Réflexions sur les principes devant guider la mise en place dans les entreprises d'une procédure de signalement par les salariés, Afep Medef, mars 2006

La notion et la force juridique de l'alerte éthique étant posées, il est nécessaire d'établir précisément le cœur de la procédure du système en question (§2)/

§ 2 : Le cœur de la procédure d'alerte éthique

La procédure d'alerte éthique se doit d'être mise en place techniquement (A), afin d'établir précisément le régime lui incombant (B).

A. La mise en place technique

854 Une autorisation préalable de la CNIL est imposée pour les traitements « automatisés susceptibles, du fait de leur nature, de leur portée, ou de leurs finalités, d'exclure des personnes du bénéfice d'un droit, d'une prestation ou d'un contrat en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire »⁹⁵⁹.

L'élaboration d'un code de conduite, comportant des dispositions de nature coercitives doit faire l'objet d'une autorisation de la CNIL. Cette autorité étant considérée comme le garant - protecteur des « personnes physiques » et de leurs « données collectées ».

L'employeur doit réaliser toutes les formalités préalables à la demande d'autorisation unique de la CNIL, à savoir la déclaration du responsable de traitement qui « reconnaît et confirme que le dispositif mis en place au sein de sa société est conforme aux conditions de la délibération »⁹⁶⁰.

L'autorisation unique de la CNIL est relative aux domaines comptables, d'audit et de la corruption.

Il serait logique de l'étendre aux domaines relatifs à la protection de la vie privée du salarié.

En effet, il est déjà mis en place pour tous les systèmes de traitements automatisés des données des salariés : « dès lors que les droits des personnes mises en cause directement ou indirectement dans une alerte sont garantis au regard des règles relatives à la protection des données personnelles »⁹⁶¹.

Devrait-on l'élargir à tous les systèmes qui mettent en jeu la vie privée du salarié ?

⁹⁵⁹ Article 25 I 4° modifié de la loi no 78-17 du 6 janvier 1978

⁹⁶⁰ Caroline MERLE, L'alerte et l'éthique, droit des sociétés, Petites affiches, 23 mars 2007 n° 60, p.4

⁹⁶¹ Document d'orientation de la CNIL du 10 novembre 2005

855 La CNIL rajoute que le système d’alerte du code de conduite doit être « facultatif et complémentaire » aux autres modes d’alertes de l’entreprise, à savoir le droit d’alerte des représentants du personnel (délégué du personnel et membre du CHSCT).

856 Cependant, cela permettrait d’élargir le droit d’alerte à l’ensemble des salariés dans le secteur relatif à la protection de sa vie privée.

Toutes les données qui font l’objet d’un droit d’alerte se doivent d’être pertinentes et concordantes et rédigées en toute objectivité.

Les moyens techniques :

857 De nombreux « moyens techniques » en entreprise permettent au salarié d’exercer son droit d’alerte : le téléphone, le courrier (électronique ou non)⁹⁶², la télécopie.

La personne en question peut aller voir directement le responsable de la réception des alertes éthiques afin de l’en informer.

L’Afep et le Medef⁹⁶³ recommandent l’utilisation d’un écrit, afin de lutter contre les abus.

Dans ce sens, il est indispensable d’adopter un système qui permettrait de « responsabiliser » le « déclencheur de l’alerte ».

858 La loi Sarabanes – Oxley a instauré deux principes :

- la « garantie de la confidentialité » : les personnes compétentes du traitement de l’alerte éthique doivent respecter ce principe de confidentialité,
- le « rejet de l’anonymat » : Des études de la CNIL, de l’AFEP et du MEDEF ont conduit à un constat : les « signalements anonymes » sont une « réalité incontournable »⁹⁶⁴.

La mise en place du système de « rejet de l’anonymat » par la loi Sarabanes-Oxley permet de lutter contre la délation et la dénonciation calomnieuse.

⁹⁶² L’alerte éthique du groupe EDF fonctionne via le système des courriels, contrairement à la société Shell France qui accorde « tout moyen » pour déclencher cette alerte.

⁹⁶³ Observations de l’Afep et du Medef sur le projet de lignes directrices pour la mise en œuvre de dispositifs de signalement professionnel conformes à la loi du 6 janvier 1978 modifiée le 6 août 2004, relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés, Afep Medef, 27 octobre 2005 ; Réflexions sur les principes devant guider la mise en place dans les entreprises d’une procédure de signalement par les salariés, Afep Medef, mars 2006.

⁹⁶⁴ Observations de l’Afep et du Medef sur le projet de lignes directrices pour la mise en œuvre de dispositifs de signalement professionnel conformes à la loi du 6 janvier 1978

Par conséquent, il est primordial que la procédure prévoie une protection de l'auteur du signalement, à savoir une interdiction de sanction à l'encontre de celui qui a transmis des informations de « bonne foi », mais aussi une protection contre d'éventuelles « représailles ». L'auteur de l'alerte ne doit pas rester anonyme auprès du responsable du traitement de l'alerte mais ce dernier est tenu de garder confidentielle l'identité de l'auteur.

859 Les personnes qui doivent traiter l'alerte sont réparties par la CNIL en plusieurs catégories, à savoir :

- « *les personnes chargées au sein de la société du recueil et du traitement des alertes* »,
- « *les personnes chargées de la gestion des alertes* »,
- « *les prestataires extérieurs chargés du recueil ou traitement des alertes* ».

L'alerte peut donc être traitée via des acteurs internes à l'entreprise mais aussi externes.

Quant au traitement interne de l'alerte :

La CNIL préconise le mode de traitement interne, avec une équipe de personnes formées à cet effet, respectant strictement le principe de confidentialité.

L'Afep et le Medef recommandent d'établir un « *comité d'éthique* », spécialisé dans la réception d'alertes, que ce soit une personne physique, un comité interne, un comité ad hoc du conseil d'administration ou de surveillance⁹⁶⁵.

860 Puis, au sujet du traitement externe de l'alerte :

La CNIL prévoit la possibilité de recourir à un prestataire extérieur afin de recevoir et de traiter les alertes professionnelles (article 4 de l'autorisation unique)⁹⁶⁶.

Celui-ci est considéré comme un sous-traitant.

Il doit s'engager à :

- garantir le respect de la confidentialité et de la sécurité des données,
- les conserver pendant une durée limitée,
- les détruire ou les restituer à la fin de la procédure d'alerte.

Afin de vérifier l'alerte réalisée, celle-ci peut être transmises à une autre société du groupe.

Cette communication est recommandée par la CNIL et le « groupe de l'article 29 ».

De plus, ces autorités sont plus favorables à un traitement interne de l'alerte, garantissant une meilleure protection des « acteurs » de l'alerte.

⁹⁶⁵ Les comités d'audit, C. de Ganay d'Indy et L. Engel, Bull. Joly 2003, p. 723, no 159.

⁹⁶⁶ Délibération de la CNIL no 2005-110 du 26 mai 2005 relative à une « demande d'autorisation de McDonald's France pour la mise en œuvre d'un dispositif d'intégrité professionnelle »

Qu'en est-il du régime d'alerte éthique (B) ? Celui-ci peut-il être adapté aux problématiques résultant de la vie privée du salarié ?

B. Le régime de l'alerte éthique

861 Une enquête préalable est nécessaire afin d'établir le régime de l'alerte éthique : Une « *évaluation préliminaire* » confidentielle est nécessaire avant de réaliser une enquête. L'entreprise ne doit traiter que les « *alertes sérieuses* ».

Le salarié qui « *dénonce* » un autre salarié pour « non respect » des principes d'éthiques se doit d'être protégé.

La Cour de cassation affirme qu' « *un salarié qui dénoncerait des faits de nature à porter atteinte à la sécurité des personnes ou des faits de harcèlement sexuel ne pourrait pas être licencié. Le Code du travail prévoit ces situations. Mais rien n'a été prévu pour un salarié qui voudrait dénoncer une fraude comptable* »⁹⁶⁷.

De même, rien n'a été prévu pour un salarié qui dénoncerait une atteinte à la vie privée d'un autre salarié.

Nous pouvons penser qu'il serait logique d'étendre ce système de protection au salarié qui réaliserait une « *alerte d'atteinte à la vie privée* ».

Il serait légitime de lui accorder la protection instituée à l'article L 1153-3 du Code du travail : « *Aucun salarié, (...) ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné de harcèlement sexuel ou pour les avoir relatés* ».

862 En cas de mauvaise foi du dénonciateur, le principe de confidentialité de l'identité de l'auteur de l'alerte est un obstacle pour prouver ladite mauvaise foi.

La dénonciation calomnieuse fait l'objet d'une sanction pénale située à l'article 226-10 du Code pénal :

« *La dénonciation, effectuée par tout moyen et dirigée contre une personne déterminée, d'un fait qui est de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires et que l'on sait totalement ou partiellement inexact, lorsqu'elle est adressée (...) aux supérieurs hiérarchiques ou à l'employeur de la personne dénoncée, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* ».

⁹⁶⁷ Le Monde du 21 mai 2003

Deux éléments doivent être réunis pour caractériser l'infraction de dénonciation calomnieuse :

- l'élément matériel et
- l'élément moral / intentionnel

Dans un arrêt ancien du 13 janvier 1944, la Cour de cassation affirme que l'élément moral réside dans « *la connaissance de la fausseté du fait dénoncé* »⁹⁶⁸.

L'élément matériel quant à lui représente la « *forme* » de la dénonciation : écrite ou verbale.

863 Par ailleurs, une partie de la doctrine voit le système d'alerte éthique comme une extension du droit à la liberté d'expression du salarié, en « *alertant* » la direction de l'entreprise au niveau du non respect d'un principe éthique de l'entreprise⁹⁶⁹. La sanction d'un abus de la liberté d'expression réside dans le versement de dommages et intérêts, fondé sur l'article 1382 du Code civil.

Cette thèse ne remporte pas l'unanimité étant donné que les bases de l'alerte éthiques ne sont pas relatives à la liberté d'expression.

Dès lors que l'enquête est ouverte, le salarié qui fait l'objet de la procédure d'alerte bénéficie de la protection des données qui le concerne :

- il a un **droit d'accès à ces données** (article 39 4° de la loi du 6 janvier 1978) :

« *I. - Toute personne physique justifiant de son identité a le droit d'interroger le responsable d'un traitement de données à caractère personnel en vue d'obtenir :*

(...)

4° *La communication, sous une forme accessible, des données à caractère personnel qui la concernent ainsi que de toute information disponible quant à l'origine de celles-ci ; »*

- mais aussi un **droit de rectification et de suppression** : qui lui permet d'exiger « du responsable d'un traitement que soient, selon les cas, rectifiées, complétées, mises à jour, verrouillées ou effacées les données à caractère personnel la concernant, qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées, ou dont la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite » (article 40 de la loi du 6 janvier 1978) et enfin

⁹⁶⁸ Cass. crim., 13 janvier 1944, Bull. civ. no 19

⁹⁶⁹ Whistleblowing : quel système d'alerte éthique pour les entreprises françaises ?, Cercle Éthique des Affaires, Les cahiers de l'éthique, no 2, mars 2005.

- un **droit à l'oubli** : « les données sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées » (article 6 5° de la loi du 6 janvier 1978).

Cette procédure a été détaillée dans le chapitre précédent relatif à la protection des données personnelles du salarié.

CONCLUSION

«*La liberté des uns s'arrête [en effet bien] là où commence celle des autres* », ainsi en est-il de la liberté des salariés mais également de celle des employeurs qui, comme nous avons pu le montrer durant toute cette thèse, ne peuvent jouir d'une impunité totale et ne peuvent en toute légitimité user d'un pouvoir discrétionnaire et donc régir leur entreprise en « despote ». Une démarche rigoureuse et une conception en effet élargie du respect du droit à la vie privée s'est érigée au fil des années et la législation a été contrainte de prendre en considération le plan humain au cœur de la dynamique d'une gouvernance d'entreprise réformant ainsi les rapports et les liens régissant cette dernière. Le salarié-citoyen a alors fait, comme nous l'avons souligné, son apparition bouleversant ainsi les strates de la pensée et, l'idéologie patronale contrainte alors de réviser son jugement et son comportement à l'égard de ses subordonnés, soumis certes à des contraintes mais jouissant aussi de droits inaliénables dont le respect de leur vie personnelle et de leur intégrité physique et morale. Révolu définitivement le temps de « l'homme machine » du XIX^{ème} siècle, esclave de la productivité et de la politique patronale.

Cependant, qu'entend-on par respect du droit à la vie privée et quelle définition donner à ce terme de « vie privée » ? C'est en interrogeant en effet la terminologie que lors de cette thèse, nous avons fait le choix délibérément d'adopter une conception assez large de la vie privée du salarié en y insérant sa vie personnelle et familiale. Comment en effet séparer le salarié de sa vie personnelle sans l'amputer de sa liberté ?

Or il est à noter au sujet de la direction d'entreprise que cette dernière a souvent fait l'objet de nombreuses critiques par le passé car elle ne permettait pas aux salariés de pouvoir y participer.

Au cours de cette étude, nous avons montré que de véritables changements en faveur du droit à la vie privée des salariés avaient émergé : désormais en effet, ces derniers peuvent intégrer les instances de gouvernance d'entreprise bien que cela soit à des conditions relativement strictes.

Nonobstant, une fois les salariés inclus (ou non) au sein des instances de direction, il est nécessaire pour l'employeur de réussir à concilier son pouvoir de direction avec les droits des salariés, soulevant à ce sujet un certain nombre de problèmes.

Cette conciliation se matérialise véritablement à travers le respect du fameux principe de proportionnalité et de finalité. Aussi, nous avons pu assister à l'essor d'un « droit d'équilibre » entre les droits fondamentaux du salarié et les pouvoirs de l'employeur, dits pouvoirs qui restent toutefois soumis au contrôle du juge mais aussi à une législation protectrice de la santé physique et mentale des salariés.

Il est par ailleurs essentiel de rappeler ici que le pouvoir de contrôle de l'employeur sur l'activité du salarié s'est trouvé nettement accentué et même facilité par l'émergence des NTIC (nouvelles technologies de l'information et de la communication).

L'évolution technologique étant à la fois nécessaire mais aussi et surtout incontournable, elle s'est imposée en entreprise tout autant qu'en société. Toutefois, bien que cet essor et cet usage ne soient inévitables, ceci ne doit pas s'exercer au détriment des salariés.

Aussi, ne serait-il pas important, eu égard au respect du droit à la vie privée des salariés, de réfléchir à la nécessaire élaboration d'un Code des NTIC, afin d'y rassembler toutes les règles existantes à ce sujet ? Cela permettrait sans aucun doute d'encadrer l'apparition des NTIC en entreprise afin de protéger d'autant plus les droits des salariés et en particulier leur droit à la vie privée.

A ce sujet, il est en effet possible, de contacter la CNIL. En effet, cette dernière exerce une véritable protection des données à caractère personnel des salariés, à travers notamment son rôle préventif mais aussi répressif

En outre, comme nous avons pu le spécifier précédemment, les employeurs ont vu leurs obligations augmenter face à la montée des NTIC et au respect de la vie privée des salariés, via l'incontournable obligation de déclaration mais aussi d'obligations relatives à la collecte des informations.

Néanmoins, malgré toute l'évolution apportée par ces NTIC, nous avons constaté que celles-ci entraînent également une nette disparition de la limite entre la vie personnelle et la vie professionnelle du salarié, qui devient de plus en plus floue, ambiguë et difficilement « légiférable » par l'entreprise. Par ailleurs, la place accordée au temps de travail diminue en raison de ces nouvelles technologies lorsque l'on voit un nombre croissant d'employés manier à la fois la souris de l'ordinateur et « tapoter » frénétiquement sur leur portable afin

d'échanger SMS, discussions, partager des photos considérant que cela n'empiète aucunement sur leur concentration ou travail puisqu'ils sont en mesure de gérer les deux. Toutefois la vision de l'employé n'est-elle pas biaisée ? Et lorsque l'on interroge certains patrons, on constate que le bilan est souvent tout sauf positif.

Par ailleurs, une autre problématique que nous avons soulevée au fil de cette thèse et qui demeure prégnante au sujet des instances de l'entreprise, est à rappeler : le pouvoir accru du chef d'entreprise qui peut s'exercer non seulement pendant le temps de travail mais également à certaines conditions en dehors de celui-ci. Pouvoir de plus en plus important qui montre l'importance de légiférer ce droit de contrôle et de l'encadrer afin d'éviter tout abus des supérieurs hiérarchiques (harcèlement, propositions indécentes en dehors du temps de travail).

Quant au comportement du salarié, sa liberté est déjà limitée au sein de l'entreprise, celui-ci étant en effet déterminé en fonction de la qualification de la liberté qui est en cause, qu'elle soit individuelle, fondamentale, ou sujette aux nécessités et prérogatives de l'entreprise.

Toutefois, en dépit de cette limite et de ces contraintes, il est très important de souligner les nombreux efforts qui ont été fournis au fil des années en matière de gouvernance d'entreprise. Nous avons montré notamment que certaines entreprises cherchaient des solutions afin d'élaborer une politique de conciliation entre la vie privée et la vie professionnelle du salarié.

Ces solutions reposent notamment sur une nouvelle vision des temps de travail et de repos, mais aussi sur l'instauration en entreprise du télétravail et enfin des codes de « bonne conduite ».

A ce sujet, il serait peut-être judicieux de proposer aux entreprises d'adopter une certaine technique managériale, consistant à imposer par exemple le développement de binômes afin de ne pas empiéter sur la vie privée d'un salarié hors du temps de travail pour les entreprises d'une certaine envergure.

Toutefois, l'optimisme à l'heure actuelle est tout de même à nuancer, car, face à ces progrès en matière de management et de considération de la vie privée du salarié, des

réformes allant à l'encontre de l'épanouissement personnel émergent, en raison surtout d'un contexte de crise économique et d'une recrudescence du chômage. La vie privée du salarié fait aujourd'hui en effet l'objet de longs débats opposant souvent ministère et syndicats du travail qui tentent de préserver les droits des travailleurs. A cet effet, citons par exemple l'adoption de la loi Macron entrée en vigueur le 10 juillet 2015, qui prévoit de faciliter dans certains cas le travail du dimanche : « *Le travail du dimanche et le travail en soirée (jusqu'à minuit) est autorisé sans restriction dans certaines zones* », à savoir : douze gares à forte affluence, dans des zones commerciales qui représentent des « périmètres d'usage de consommation exceptionnel », dans des zones touristiques et enfin dans des zones touristiques internationales.

Dans ces dernières, il est même question d'augmenter le nombre des « dimanches du maire », qui de neuf à l'heure actuelle vont passer à douze en 2016.

Cette loi affirme que les compensations financières pour les salariés sont « obligatoires ».

Toutefois, permettant ainsi une atteinte à ce jour dominical consacré à la vie de famille et mis en place afin de prémunir l'employé de conditions abusives et inhumaines de travail, ne risque-t-on pas de mettre en péril la sphère familiale ? De surcroît de tendre vers une perte à nouveau des droits du salarié au détriment de l'entreprise et de sa productivité et donc vers un asservissement de plus en plus fort à l'égard du patronat ? Qu'advient-il du « salarié citoyen » en pleine possession de ses droits et traité avec humanité et dans le respect de sa liberté ?

Même si le gouvernement affirme qu'il n'est « *pas question de banaliser le travail dominical, la norme restant le repos* », nous pouvons douter que cette disposition n'entraîne pas une « mise à mal » de la vie privée du salarié et finalement une uniformisation qui de la demande ou simple proposition de travail, avec l'argument « *travailler plus pour gagner plus* », ne devienne pas sur le tard une injonction de cette dernière remettant en cause toutes les luttes ouvrières et des travailleurs en général pour faire prévaloir leur droit à la vie privée. Les conséquences d'une telle décision sont donc éminemment importantes et les incidences sur l'individu pourraient être d'une ampleur bien plus importante qu'il n'y paraît.

Aussi, cette notion de vie privée du salarié face à la gouvernance d'entreprise doit être encore perfectionnée à l'heure actuelle.

De nombreuses dispositions se doivent d'être adoptées à ce sujet au niveau législatif mais aussi au niveau interne de l'entreprise.

Cependant, l'adoption de nouvelles dispositions peut faire face à l'objet de nombreuses critiques, relatives notamment à la complexité du Code du travail, au fait qu'il soit « trop confus », « trop lourd » (dû notamment aux nombreuses jurisprudences qui y figurent). Martine BULARD (journaliste au Monde) parle même d' « *ennemi public numéro 1, un code du travail qui par son aspect « touffu » empêche d'embaucher, de licencier, de créer des emplois, de donner une place aux jeunes, d'innover, d'exporter* ». La simplification du Code du travail ne passerait-elle donc pas par un meilleur encadrement de celui-ci ? Il serait alors sans doute moins ambigu, plus clair et plus efficace.

Aussi, réduire le Code du travail à « *sa plus simple expression* », comme le proposent ces quatre derniers mois les derniers législateurs en faisant parvenir quatre textes législatifs à ce sujet⁹⁷⁰ semble en effet une très bonne initiative surtout si l'on songe à un très bon encadrement de ce dernier.

En conclusion, réviser totalement le droit du travail est impossible, en revanche, une simplification paraît en effet nécessaire. Par ailleurs, face à cette période de crise économique et de recrudescence du chômage, il semble indispensable de partager plus équitablement ce droit de travailler afin qu'une surcharge horaire ne mette pas en péril la vie du salarié et **d'inclure une partie relative au respect de la vie privée du salarié afin d'éviter les nombreux conflits qui encombrant aujourd'hui les tribunaux de prud'hommes.**

Une partie en effet essentielle afin de circonscrire les pouvoirs du chef d'entreprise et éviter ainsi une politique tournée uniquement vers la productivité et le patronat, et préjudiciable à la fois pour le salarié et l'entreprise en général.

La bonne santé d'une entreprise ne suppose-t-elle pas en effet une harmonie entre employés et patronat ?

⁹⁷⁰ En juin, dernier l'avocat Robert Badinter et le professeur Antoine Lyon-Caen — dûment étiquetés de gauche — publient *Le Travail et la loi* (Fayard) afin de ramener le code à quelques principes généraux.

BIBLIOGRAPHIE

PARTIE 1

Doctrine	Loi	Jurisprudence
<ul style="list-style-type: none"> - L'Esprit des Lois, Livre XI, Chapitre 4, Montesquieu - Le gouvernement d'entreprise, le pouvoir rendu aux actionnaires, Jean-Jacques GAUSSAIN - Selon la <u>Commission européenne</u>, définition <u>Livret vert (Commission Green Paper 2001 "Promoting a European Framework for Corporate Social Responsibility"</u> - Liens entre la RSE et la gouvernance d'entreprise, Le Lamy sociétés commerciales/2015 - Gouvernement d'entreprise, le pouvoir rendu aux actionnaires, Jean-Jacques CAUSSAIN - RLDA 2013/78, n° 4386 - Dictionnaire critique de la RSE, Nicolas POSTEL, Richard SOBEL - Forum européen plurilatéral sur la R.S.E (site internet de la D.G. Entreprises de la Commission). - La responsabilité sociale des entreprises, concept et place dans l'agenda politique européen, JEAN-PAUL MINGASSON, Directeur général Direction générale Entreprises Commission européenne - Dirigeants de sociétés, juridique, fiscal, social, Jean-Pierre CASIMIR, Michel GERMAIN - Rapport Besson, n° 2327, p. 208 - Trib. Com. Bordeaux, 2 janvier 2003, Rev. Soc. 2003, p. 134, note Saintourens - Dirigeants de sociétés, juridique, fiscal, social, Jean-Pierre CASIMIR, Michel GERMAIN - Georges RIPERT, « Les aspects juridiques du capitalisme moderne », cité par Paul LE CANNU, Droit des sociétés, Domat, Droit privé, Montchrestien, Paris, 2002, n° 589, p. 332. - J.-J. Caussain, « Le gouvernement d'entreprise et les sociétés cotées » : Gaz. Pal., 9 octobre 1998, no282, p. 24 - Y. Djian, Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du 	<ul style="list-style-type: none"> - Article L 225-35, x article 98 de la loi de 1966 - Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques - article L 1331-1 du Code du travail - Loi du 4 août 1982, L n° 82-689 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise. J.O. 6 août 1982, p. 2518 - <u>loi du 17 janvier 2002</u> L. n° 2002-73 - la loi n° 2011-397 du 9 mai 2001 - Journal Officiel de l'union européenne 26 Juillet 2006 - Loi ANI, 26 mars 2010 : JCP S 2010, act. 191 - Accord étendu par <u>A. 23 avr. 2009</u> : Journal Officiel 7 Mai 2009. – V. D. Jourdan, Accord de méthode sur la prévention du stress au travail : JCP S 2010, 1126 - <u>D. n° 2001-1016, 5 nov. 2001</u> portant création d'un document relatif à l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs : Journal Officiel 7 	<ul style="list-style-type: none"> - Cass. com. 3 janvier 1995, Bull. Joly 1995, p. 267 ; cass. com. 25 mars 1997, BC IV n° 85 - Cass. com. 28 novembre 2006, BRDA 2007/3 - <u>Cass. soc., 16 oct. 1980, n° 79-40.111 : JurisData n° 1980-705205</u> ; JCP CI 1981, I, 9441, p. 48, n° 14, note B. Teyssié - CJCE, 18 mars 1980, Valsabbia, Rec. CJCE, p. 907 - Cass soc 29 janvier 1981, préc. ; Cass. soc. 4 janvier 1980, Bull. civ. V, n° 6 ; Cass. soc. 28 mars 1979, Bull. civ. V, n° 580 ; Cass. soc. 22 juin 1978, Bull. civ. V, n° 508 - Arrêt SAT, Assemblée plénière, 8 décembre 2000, N° de pourvoi: 97-44219 - Cass. soc. 22 janvier 1992, Dr. Soc. 1992, p. 334, note J. SAVATIER - AP, 19 mai 1978, JCP 78, éd. G, II, 19009, rapp. M. SAUVAGEOT, obs. R. LINDON ; D. 1978, p. 541, concl. R SCHMELCK, note Ph ARDANT ; Gaz. Pal. 1978, 2 p. 464, note J. VIATTE - Intervention TOUTAIN, J.O.A.N, du 14 mai 1982, p. 2195 - Conclusions du commissaire du gvt Alain BACQUET/ arrêt CE peinture Corona (CE, 1er fév 1980, Rec., p. 59 ; Dr. Soc. 1980, p. 310, concl. A. BACQUET) - Cass soc 29 janvier 1981, préc. ; Cass. soc. 4 janvier 1980, Bull. civ. V, n° 6 ;

<p>Marché Commun, Biblio. dr. comm., 1965, t. 12</p> <p>- Pour une évolution du droit des sociétés anonymes avec directoire et conseil de surveillance</p> <p>- Rappr. R. Storp, « L'exemple de la SA de droit allemand » : Petites affiches, 14 octobre 1998, no 123, p. 17</p> <p>- Hauriou, Précis de droit administratif, 1905, p 5.</p> <p>- J.Bréthe De La Grassaye, op. cit., p. 110.</p> <p>- Dr VILLERME, Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et soie, Union Générale d'Editions, coll. 10/18, n° 582, Paris, Edmis, 1979, 2 vol., T., II, rapport présenté en 1840 à l'Académie des sciences morale</p> <p>- A. SUPIOT, Pourquoi un droit du travail, Dr. Soc. 1990, p. 485 et s., sp. p. 486)</p> <p>- W. JELLINEK, cité par X. PHILIPPE, Le contrôle de la proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, préface Ch. DEBBAH, Economica-P.U.A.M., 1990, page de garde.</p> <p>- X. PHILIPPE, op. cit. p. 7</p> <p>- Les Petites affiches, n° spéc., n° 117, 30 septembre 1998 p. 21 et s., sp. n° 16, p. 26 « L'importance, en droit des sociétés, du principe de proportionnalité a pu se justifier par la notion même de société. L'idée d'intérêt commun, comme le ciment de l'accord des associés, commande aussi la prohibition des clauses léonines. Une même idée ne marque – t – elle pas le droit commun des contrats ? »</p> <p>- N. MOLFESSIS, art, n° 16, p. 26 et S. LE GAC-PECH, La proportionnalité en droit privé des contrats, préface de Horatia MUIR-WATT, LGDJ, Bibl. de dr. Privé, T. 335, 2000, introduction, p. 7</p> <p>- G. COUTURER, Droit du travail, in Libertés et droits fondamentaux, sous la direction de M. DELMAS-MARTY et C. LUCAS DE LEYSSAC, Points, Essais, 1996, p. 295 et s., sp. p. 307</p> <p>- B. TEYSSIE, Personnes, entreprise et relations de travail, Dr. Soc. 1988, n° 2, p. 374</p> <p>- La proportionnalité en droit du travail, Isabelle CORNESSE</p>	<p>Novembre 2001. – Circ. DRT. n° 6, 18 avr. 2002 prise pour l'application du décret susvisé</p> <p>- ANI sur la violence et le harcèlement au travail, 26 mars 2010 étendu par <u>A. 23 juill. 2010</u> préc.</p> <p>- article L 1321-2 du Code du travail</p> <p>- article L 2323-7 du Code du travail (ancien. article L. 432-4, al. 2 et 3).</p> <p>- articles L 2323-51 et L. 2323-52 du Code du travail (anc. art. L. 432-4-1)</p> <p>- article L.4612-16 du Code du travail (ancien article L. 236-4)</p> <p>- Loi no 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, JO du 31 décembre 2006, p. 20210</p> <p>- article L 2323-8 du Code du travail</p> <p>- article L. 225-102-1 du Code du commerce</p> <p>- article L. 2325-11 du Code du travail (ancien art. L. 434-1, al. 1) et L. 2323-5 (anc. art. L. 431-5, al. 3)</p> <p>- article L 2325-38 du Code du travail (ancien art. L. 434-6)</p> <p>- article L. 2323-78</p>	<p>Cass. soc. 28 mars 1979, Bull. civ. V, n° 580 ; Cass. soc. 22 juin 1978, Bull. civ. V, n° 508</p> <p>- CE, 1er fév 1980, Peintures Corona, Dr. Soc. 1980, p. 310, concl. M. BAQUET ; Dr. Ouvrier, 1980, p.210, note S. ALTER</p> <p>- J.-D BREDIN, obs. sous Paris, 14 mai 1966, RTD civ. 1966, p. 834, n°4</p> <p>- Cass. soc. 18 mai 1999, TPS 1999, comm. 261, note P.-Y. VERKINDT ; JCP 00, éd. E, n° 1-2, p. 40, note C. PUIGELIER</p> <p>- Cass soc 12 janvier 1999, préc., Adde E. DOCKES, la détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, Dr. Soc. 1997, p. 140 et s., sp. p. 145</p> <p>- Cass. soc. 20 novembre 1986, Dr. Soc. 1987, p. 359, 2ème esp. Obs. J. SAVATIER ; JCP 87, éd. G., II, 20798, 1ère esp. Note Th. REVET</p> <p>- Cass. soc 17 avril 1991, Dr. Soc. 1991, p. 485, note J. SAVATIER ; JCP 91, éd. G, II, 21724, note 1. SERIAUX</p> <p>- <u>Cass. soc., 23 mars 2011, n° 08-45.140</u></p> <p>- <u>Cass. soc., 7 juill. 2009, n° 08-40.034 :JurisData n° 2009-049299</u></p> <p>- Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 09-41.495 : <u>JurisData n° 2010-016611</u></p> <p>- Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 09-41.495 : <u>JurisData n° 2010-016611</u></p> <p>- Trib. corr. Paris, 25 oct. 2002 : <u>JCP E 2003, II, 1031</u>, note C. Duvert. – Un employeur ne doit toutefois pas trouver refuge derrière cet argument lié aux contraintes de gestion ou d'organisation : <u>Cass. soc., 7 juin 2011, n° 09-69.903 : JurisData n° 2011-010997</u></p> <p>- CA Versailles, 6e ch. soc.,</p>
---	---	---

<ul style="list-style-type: none"> - A JEAMMAUD et A LYON-CAEN, Droit et direction du personnel, Dr. Soc. 1982, p. 56 et s., sp. p. 68 - Ph ARDANT, introduction au débat sur la table ronde consacrée aux libertés du citoyen dans l'entreprise, Travaux du colloque « L'entreprise et les libertés publiques », Nanterre 20 et 21 novembre 1981, Dr. Soc. 1982, p. 428. - J.-E RAY, Le chef injuste : l'exemple du chef d'entreprise, in De l'injuste au juste, sous la direction de M.-A FRISON-ROCHE, Dalooz, coll. Thèmes et commentaires, 1997, p. 19 et s - X. PHILIPPE, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, préface Ch. DEBBASH, Economica-P.U.A.M., 1990, p. 410 - PH WAQUET, Les libertés dans l'entreprise, préc., p. 344 - J. SAVATIER, Pouvoir patrimonial et direction des personnes, Dr. Soc. 1982, p.6 - B. GRELON : « on devrait considérer que l'intérêt de l'entreprise... s'il existe, n'est qu'un intérêt particulier comme un autre et non pas la synthèse des intérêts des différents participants au sein de l'entreprise ». - B. BELOIR-CAUX, Des employés sous haute surveillance, Petites affiches ; n° 166, 20 août 1999, p. 4 et s., sp. p. 8 et s - J. RIVERO, op. cit., p. 271 - Modification des horaires qui porte atteinte à la vie privée, E. DOCKES. - N. MOLFESSIS : intervention au colloque : Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? » Organisé le 20 mars 1998 par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V., Les Petites affiches, n° spéc., n° 117, 30 septembre 1998, p. 21 et s., sp. n° 16, p. 26 - Enquête faite par l'Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail - Hirigoyen M.-F., Le harcèlement moral, la violence perverse au quotidien, La Découverte, 2003, p. 55 - Harcèlement et stress au travail, Céline Leborgne-Ingelaere - B. Platel et T. Viala, Le fabuleux destin 	<ul style="list-style-type: none"> du Code du travail (ancien article L. 432-5) - article L 2328-1 et L. 2328-2 du Code du travail (anc. art. L. 483-1) - article L. 238-1 du Code du commerce - Article L. 1321-4 du Code du travail (ancien article L. 122-36) - <u>article L. 2313-2 du Code du travail</u> - <u>Circ. DRT no 93/15, 25 mars 1993, BO Trav. 5 juin</u> - <u>Circ. DRT no 93/15, 25 mars 1993, BO Trav. 5 juin</u> - Article L. 2242-3 du Code du travail (ancien article L. 132-29, al. 1) - <i>Loi no 2005-32 du 18 janvier 2005, loi de programmation pour la cohésion sociale, JO du 19 janvier 2005, p. 864</i> - Article L. 2323-6 du Code du travail (Ancien article L. 432-1) et L. 2323-27 (anc. art. L. 432-3) - article L. 2323-27 du Code du travail (ancien article L. 432-3) - article L. 2323-32, al. 3 (ancien article L. 432-2-1) - article L. 1321-4 du Code du travail (ancien article L. 122-36) - article L. 2323-67, § 2, première phrase du Code du travail (ancien article 432-6-1). V. B. Jadaud, La 	<ul style="list-style-type: none"> 13 janv. 2004, n° 03/1940 : RJS 2004, n° 855. – CA Versailles, 11e ch. soc., 12 nov. 2003, n° 02/3078 : RJS 2004, n° 479 - <u>Cass. soc., 1er déc. 2011, n° 10-18.920</u> - <u>Cass. soc., 19 oct. 2011, n° 09-72.672 : JurisData n° 2011-022322</u> - <u>Cass. soc., 10 nov. 2009, no 08-41.497 ; Cass. soc., 12 juin 2012, no 11-11.181</u> - Cass. soc., 6 janvier 2011 no 08-43.279 - <u>Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 07-45.321 : JurisData n° 2009-050261 ; Bull. civ. 2009, V, n° 247 ; S. Béal et C. Terrenoire : JCP E 2010, 1424. – Cass. soc., 16 déc. 2009, n° 08-43.412 et n° 08-44.575. – Cass. soc., 3 févr. 2010, n° 08-44.107. – Cass. soc., 1er mars 2011, n° 09-69.616</u> - <u>Cass. soc., 24 janv. 2006, n° 04-40.487. – Cass. soc., 18 sept. 2007, n° 05-45.406</u> - <u>Cass. soc., 9 oct. 2007, n° 06-42.350 : JurisData n° 2007-040837 ; JCP S 2007, 1937, note C. Leborgne-Ingelaere. – CA Chambéry, 18 mars 2008, n° 07/01338</u> - CA Lyon, 16 janv. 2009, n° 08/00626 - Cass. soc., 14 sept. 2010, n° 09-67.087 : JurisData n° 2010-019246. – A. Bugada - <u>Cass. soc., 1er juill. 2009, n° 07-44.482 : JurisData n° 2009-048966 ; JCP S 2009, 1418, note C. Leborgne-Ingelaere</u> - <u>Cass. soc., 1er juill. 2009, n° 07-44.482 : JurisData n° 2009-048966 ; JCP S, 1418, obs. C. Leborgne-Ingelaere</u> - <u>Cass. soc., 3 févr. 2010, n° 08-40.144 : JurisData n° 2010-051428. – Cass.</u>
--	---	--

<p>du concept de harcèlement moral : JCP E 2002, 762</p> <p>- Légeron P., Le stress au travail, de la performance à la souffrance, Dr. soc. 2004, p. 1086</p> <p>- Ledoux M. et El Berry J., « Un harcèlement moral génétiquement modifié », Sem. Soc. Lamy, no 1482, 7 mars 2011, p. 16</p> <p>- Le Lamy santé et sécurité au travail Partie 5, Elément psychologique caractérisant le harcèlement</p> <p>- Adam P., « La « figure » juridique du harcèlement moral managérial » ;SSL, no 1482, 7 mars 2011, p. 86</p> <p>- F. Pelletier : JCP S 2010, act. 253</p> <p>- Avis du Conseil économique et social présenté par M. Debout, Le harcèlement au travail loc. cit</p> <p>- P.-Y. Verkindt, La santé au travail. Quelques repères pour un droit en mouvement : Dr. ouvrier 2003, p. 87. – Sur la question, V. égal., N. Maggi-Germain, Travail et santé : le point de vue d'une juriste : Dr. soc. 2002, p. 485</p> <p>- F. Héas, Le bien être au travail : JCP 2010, 1284</p> <p>- S. Palazzi, La loi de modernisation sociale : la prise en compte de la "santé mentale" dans l'entreprise : Journal français de psychiatrie, 2003/2 n° 19, p. 44-45</p> <p>- G. Picca, Le harcèlement moral au travail : LPA 21 janv. 2002, p. 54</p> <p>- JCP S 2010, act. 253, aperçu rapide F. Pelletier</p> <p>- Harcèlement et stress au travail, Céline LEBORGNE-INGELAERE</p> <p>- I. Ayache-Revah et M. Ayadi, Gérer le stress sans stress : Semaine sociale Lamy, 25 janv. 2010. – JCP S 2010, act. 253, aperçu rapide F. Pelletier</p> <p>- H. Lachman, C. Larose, M. Pénicaud</p> <p>- Rapp. AN, n° 3457</p> <p>- A. Jeammaud, Le pouvoir patronal visé par le droit du travail, Semaine sociale Lamy 2008, suppl. n° 1340, p. 24. – F. Bocquillon, Harcèlement moral au travail : une loi en trompe l'oeil : Dr. ouvrier 2002, p. 282</p> <p>- P. Didier, Une définition de l'entreprise, Le droit privé à la fin du XXesiècle, Études offertes à Pierre Catala, Paris, Litec, 2001, p. 853-854 ; v. également J.-L. Rives-Lange, La notion de dirigeant</p>	<p>participation du comité d'entreprise aux assemblées générales d'actionnaires, LPA 2001, no 142, p. 4 à 7</p> <p>- Article L. 3122-23 du Code du travail (ancien article L. 212-4-1)</p> <p>- article R. 241-31 du Code du travail</p> <p>- TGI Paris, 6 avr. 2010, no 10/51557, et Marc Patin, JCP.S 2010, no 1425</p> <p>- TA Grenoble, 18 avr. 2014, no 1400318</p> <p>- CAA Versailles, 22 oct. 2014, no 14VE02351</p> <p>- Circ. DRT n° 93-10, 15 mars 1993</p> <p>- article L 1121-1 du Code du travail</p> <p>- <u>Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992</u>, relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage</p> <p>- loi informatiques et libertés, art. 32, 6 janv. 1978, modifiée par la loi du 29 mars 2011 et décision CNIL no 2009-201, 16 avr. 2009</p> <p>- <u>L. no 78-17, 6 janv. 1978</u>, art. 22 modifiée par L. n° 2004-801, 6 août 2004, art. 4, JO 7 août</p> <p>- Norme simplifiée n° 51 issue de Cnil, <u>délib. no 2006-067, 16 mars 2006</u></p> <p>- Cnil, délib. no 2015-165, 4 juin 2015, JO 17 juin</p> <p>- JO 1^{er} janvier 1993</p>	<p>soc., 3 févr. 2010, n° 08-44.019 : <u>JurisData n° 2010-051429</u> ; Bull. civ. 2010, V, n° 30 ; JCP S 2010, 1125, 4e et 5e esp., étude C. Leborgne-Ingelaere. – Cass., Rapp. annuel 2010, p. 327 et s.</p> <p>- Cass. soc., 19 avr. 2000 : RJS 2000, n° 628. – <u>Cass. soc., 5 mars 2002, n° 00-40.717 : <u>JurisData n° 2002-013364</u> ; JCP G 2002, IV, 1687 ; RJS 2002, n° 528. – Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 06-46.517 : <u>JurisData n° 2008-045106</u></u></p> <p>- CA Dijon, 26 nov. 1998 : BICC 1999, n° 625</p> <p>- <u>Cass. soc., 3 nov. 2005, n° 03-46.839 : <u>JurisData n° 2005-030540</u></u></p> <p>- J. Mouly note sous <u>Cass. soc., 13 janv. 2009, n° 07-43.282 : D. 2009, p. 1316. – V. aussi JCP G 2009, II, 10066</u>, note B. Bossu</p> <p>- <u>Cass. soc., 19 oct. 2011, n° 09-72.672 : <u>JurisData n° 2011-022322</u></u></p> <p>- <u>Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-12.930 : <u>JurisData n° 2012-000195</u></u></p> <p>- <u>Cass. soc., 30 nov. 2005, n° 04-13.877 : JCP S 2006, 1074</u>, note B. Gauriau ; RJS 2006, n° 176</p> <p>- <u>Cass. soc., 9 mars 2011, n° 09-42.150 : <u>JurisData n° 2011-003089</u> ; JCP S 2011, 1230</u>, note J. Mouly</p> <p>- CA Poitiers, 30 mai 2000 : RJS 2011, n° 282</p> <p>- <u>Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-70.902 : <u>JurisData n° 2011-012758</u> ; JCP S 2011, 1463</u>, note C. Leborgne-Ingelaere</p> <p>- <u>Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-70.902</u></p> <p>- <u>Cass. soc., 17 févr. 1993, n° 88-45.539 : <u>JurisData n° 1993-000311</u> ; Bull. civ. 1993, V, n° 55</u></p> <p>- CA Lyon, ch. soc B,</p>
--	--	---

<p>de fait, D., 1975, p. 40.</p> <ul style="list-style-type: none"> - J.-M. Moulin, La participation des salariés à la gestion de la société, Bull. Joly, 1er mai 2002, p. 571 - J. Rivero et G. Vedel, Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule, Dr. soc., 1947, vol. 31, p. 13 à 35 - Décisions no 2006-545 DC du 28 décembre 2006 et no 2007-555 DC du 16 août 2007 - Petites affiches, 16 mai 2008 n°99 p. 6 La participation des salariés à la gestion de l'entreprise : mythe ou réalité ? - J.-P. Dom, Sécurité financière et initiative économique : aspects de droit des sociétés, Defrénois, 30 novembre 2003, p. 1443 - Virginie FRAISSIER-AMIOT, La participation des salariés à la gestion de l'entreprise, mythe ou réalité ? - La procédure de consultation des représentants du personnel par Grégoire Loiseau - V. J.-J. Daigre, Les représentants salariés au conseil d'administration des SA, Dr. soc., 1987, p. 450 ; A. Lefever, La participation des salariés au conseil d'administration des SA, Rev. sociétés, 1987, p. 189 - J. Devèze et M. Vivant, <i>Courrier électronique professionnel et secret : où l'oubli du « flexible droit » conduit à un déni de droit : Comm. com. électr. 2001, chron.</i> - Surveillance du salarié sur le lieu de travail, JCP S 2006, 1444, comm. Corrignan-Carsin D. - Gardin A., Les procédés d'obtention de la preuve dans le cadre du procès prud'homal : la surveillance sous contrôle, RJS 11/08, p. 867 et s. - Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié - Surveillance des salariés, Le Lamy santé sécurité au travail - Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié, Les Cahiers du DRH – 2014 - Richevaux M., Géolocalisation, vie privée et droits fondamentaux des salariés, LPA, 31 mai 2012, no 109, p. 7 - Surveillance des salariés, Le Lamy santé sécurité au travail - La géolocalisation des véhicules de collaborateurs, Guide pratique – Le Lamy droit du numérique – 2015 - A. Lepage, La vie privée du salarié, une 	<ul style="list-style-type: none"> - Délib. CNIL no 2009-901, 16 avr. 2009 - Délib. CNIL no 2010-72, 18 mars 2010 - Déc. no 2011-036, 16 déc. 2011 ; Délib. no 2012-012, 17 janv. 2012 - Délib. CNIL no 2012-475, 3 janv. 2013 - Loi no 88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique, J.O. d u 6 janvier 1988, p. 231 (Gaz. Pal., Rec. 1988, légis. p. 74), abrogée par le nouveau code pénal. - La loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, dite loi Hadopi ou loi création et internet - Rép. Min. n° 1177, JO Ass. Nat., 10 novembre 1997, p. 3964 - BO Trav. 1983, n°16 - Arr. du 13 oct. 2009, JO du 25 novembre, NOR : DEVT0915240A - loi n. 90-602 du 12 juillet 1990 (V. JCP 90, éd. G, III, 64039 ; L. art. 9 - D. n° 2006-1386, 15 nov 2006, JO 16 ; Circ. min., 24 nov. 2006, JO 5 déc - article R 4228-20 du Code du travail; D. no 2014-754, 1er juill. 2014, JO 3 juill - article R 4228-20 alinéa 2 du Code du travail; D. no 2014-754, 1er juill. 2014, 	<ul style="list-style-type: none"> 15 janv. 2010, n° 08/04496 : <u>JurisData n° 2010-009191</u> - Cons. const. DC, no 2001-455, 12 janv. 2002, JO 18 janv - Cons. const. DC, no 2008-568, 7 août 2008, JO 21 août ; il reprend, ce faisant, la définition donnée dans la décision no 2006-545 DC - Cons. const. QPC, no 2011-128, 6 mai 2011, JO 7 mai). - Décision no 2011-122 QPC du 29 avril 2011 - Cons. const. QPC, no 2013-333, 26 juill. 2013, JO 28 juill - Cass. crim., 11 janvier 2000, D., 2000, inf. rap., p. 103. V. ; Cass. crim., 12 avril 2005, Bull. crim. no 129 - CA Paris, 9 mai 1995, Dr. ouvrier, 1995, p. 552 - Cass. soc., 13 juillet 1988, Bull. civ. V, no 254 - Cass. soc., 4 juin 1969, Bull. civ. V, no 367 - Cass. soc., 31 janvier 2001, Bull. civ. V, no 28. De même Cass. soc., 15 mai 2001, Bull. civ. V, no 167 - Cass. soc., 29 juin 1994, Bull. civ. V, no 219 - <u>Cass. soc., 17 juin 2009, no 08-40.274</u> - <u>Cass. soc., 10 déc. 1997, no 95-42.661</u> - Cass. soc. 27 nov. 2012, n° 11-21566 - <u>Cass. soc., 20 janv. 1993, no 91-42.028</u> - <u>Cass. soc., 17 oct. 1989, no 86-43.272</u> - <u>Cass. crim., 14 févr. 1989, no 87-91.415</u> - <u>Cass. soc., 1er juill. 1997, no 95-12.000</u> - <u>Cass. crim., 16 sept. 2003, no 02-86.661</u> - CA Paris, 14e ch., 13 mai 2009, no 08/23442, à propos de la réorganisation de plusieurs services ; TGI Toulouse, 3 févr. 2011,
--	---	--

<p>notion civiliste en droit du travail : Dr. soc. 2006, p. 364</p> <ul style="list-style-type: none"> - A. Mole, Mails personnels et responsabilités, quelles frontières ? : Rev. dr. soc. 2002, n° 1, p. 84 - S. Brézin et I. de Benalcazar, L'application du principe du secret de la correspondance aux courriers électroniques reçus ou émis à l'aide d'un outil informatique à usage professionnel : TPS 2002, chron. 1 - O. Proust et C. Burton, Le conflit de droits entre les règles américaines de e-discovery et le droit européen de la protection des données à caractère personnel... entre le marteau et l'enclume : RLDI févr. 2009/46, n° 1531 - J. Devèze et M. Vivant, Courrier électronique professionnel et secret : Où l'oubli du "flexible droit" conduit à un déni de droit : Comm. com. électr. 2001, chron. 1 - Ch. Baudoin, Cybersurveillance des salariés et sécurité juridique : Cahier Lamy droit de l'informatique et des réseaux, oct. 2002, n° 151, p. 16. – G. Picovschi, La sécurité sur le Web : Legal Biznext mars 2003, n° 13, p. 3. – V. Roques, La sécurité des données d'entreprise en réseau : Mémoire de DEA Informatique et Droit, Montpellier I, 2002, ss dir. Jean Frayssinet ; ERID@sc.univ-montp1.fr - F. Hastings, Faute d'assurance, les entreprises restent exposées à la cybercriminalité : La Tribune, 7 janv. 2003, p. 16 - Etude de 2011 accessible sur le site Internet www.clusif.asso.fr - L. Moatti-Neuer, Cybercriminalité : infractions en vrac : Les Echos.net, 10 juin 2002, p. 14 - Concl. av. gén., S. Kehrig, sur arrêt Nikon, 2 oct. 2001, préc. n° 76 - V. A. Barège et B. Bossu, L'ordinateur et la vie privée du salarié, JCP S 2007. 1451, n° 24 et s. - Le Lamy droit pénal des affaires 2015 - Guide pratique – Le Lamy droit du numérique – 2015 L'exemple des réseaux sociaux : la cyberdélinquance et le cyberterrorisme ; Vivant Michel http://www.commentcamarche.net/faq/16239-reguler-l-acces-a-internet-dans-l-entreprise - Contrat de surveillance. Contrôle technique, gardiennage et surveillance, 15 mars 2013 (JurisClasseur Contrats – Distribution) - http://www.commentcamarche.net/contents/92-firewall-pare-feu#firewall-pare-feu - Bruno CRACCO, consultant en informatique et innovation chez Bengs - Guide pratique pour les employeurs, p.11 	<p>JO 3 juill.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Pratiques addictives au travail, Les Cahiers du DRH 2012 – n° 187 du 05/2012 - Directive du 14 octobre 1991 - Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, art. 14, 2 	<p>no 11/00114 ; comp : TGI Chartres, 19 févr. 2010, no 10/00059, qui écarte l'obligation de consultation en cas de fermeture provisoire d'un établissement</p> <ul style="list-style-type: none"> - T. corr. Sarreguemines, 7 mars 2005, no 477/05 - <u>Cass. soc., 7 juin 2006, no 04-43.866</u> - <u>Cass. soc., 15 mai 2001, no 99-42.219</u> - Cass. soc., 7 juin 2007, no 04-43.866 - <u>Cass. soc., 26 avr. 2006, no 04-43.582</u> - Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-14.241 - <u>Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-14.241 ; Cass. soc., 26 avr. 2006, n° 04-43.582, Bull. civ. V, n° 145 ; Cass. soc., 3 mai 2007, n° 05-44.612</u> - Cass. soc. 5 novembre 2014 n° 13-18427 - CA Montpellier, 23 janv. 2002, no 02-70, Bull. inf. CA no 552, 15 mars 2002, no 282 - <u>Cass. ass. plén., 7 janv. 2011, no 09-14.316 et no 09-14.667, Bull. no 1</u> - <u>Cass. soc., 15 mai 2001, no 99-42.219</u> - <u>Cass. soc., 10 janv. 2012, no 10-23.482</u> - <u>Cass. soc., 2 févr. 2011, no 10-14.263</u> - <u>Cass. soc., 15 mai 2001, no 99-42.937</u> - <u>Cass. soc., 31 janv. 2001, no 98-44.290 ; Cass. soc., 19 janv. 2010, no 08-45.092</u> - <u>Cass. soc., 31 janv. 2001, no 98-44.290 ; Cass. soc., 19 avr. 2005, no 02-46.295</u> - <u>Cass. crim., 21 juin 2011, no 11-81.846</u> - Cass. crim., 22 oct. 2013, RLDI 2014/100, no 3333, obs. D. Forest ; voir égal., plus globalement, comm. Quemener M., in RLDI 2013/99, no 3299 - Cass. soc., 5 nov. 2014, no 13-18.427 P ; Dr. soc., 01/2015, obs. D. Boulmier - <u>Cass. soc., 10 oct. 2007, no 05-45.898</u> - <u>Cass. soc., 20 nov. 1991,</u>
--	---	--

<p>- Enquête exclusive réalisée par un institut de sondage indépendant pour Robert Half auprès de 100 DSI en France en décembre 2014</p> <p>- http://madame.lefigaro.fr/societe/au-travail-vous-disposez-entre-16-et-30-minutes-pour-gerer-vos-affaires-privées-070915-98038#xtor=AL-155 article dans Le Figaro</p> <p>- J.O. déb. Ass. Nat.. 15 mai 1982, p. 2195 : La Semaine sociale Lamy 21 mars 1983, n°155</p> <p>- Avis n° 114 du CCNE du 19 mai 2011</p> <p>- Guide pratique « Repère pour une politique de prévention des risques liés à la consommation de drogues en milieu professionnel », la documentation française</p> <p>- Y. ROBINEAU, Contrôle de l'inspecteur du travail sur le règlement intérieur de l'entreprise, Bill. Soc. Fr. Lefebvre 1987. n°17</p> <p>- Note du ministre des Affaires Sociales et de l'Emploi du 18 avril 1983 relative au règlement intérieur et au droit disciplinaire. Doc. Sydoni.</p> <p>- Avis rendu le 3 septembre 2012 par le Conseil National de l'Ordre des Médecins (CNOM)</p> <p>- V. J.-M. Verdier, Interaction entre vie personnelle et vie professionnelle à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise : Gaz. Pal. 1996, 2, doct. p. 1411 et s.</p> <p>- Le Lamy social 2015 – Partie 1 Titre 1 Division 2 Chapitre 2 Section 1 Sous-section 2 § 1Le régime de la vie personnelle</p> <p>- Note du Professeur Danielle CORRIGNAN-CARSIN, relatif à l'arrêt du 2 décembre 2003 (ch soc), La semaine Juridique Edition Générale n° 7, 11 Février 2004, II 10025</p> <p>- Extrait du Rapport de la Commission Stasi sur la laïcité</p> <p>- J. RIVERO, « Les libertés publiques dans l'entreprise », Dr. Social 1982, p. 423</p> <p>- L. LEVENEUR, « Vie privée et vie professionnelle, « La personne en droit du travail », p.37, Panthéon-Assas, 1999</p> <p>- Délibération HALDE n° 2007-309, 17 déc. 2007, Liaisons soc. 15 fév. 2008, n° 15058</p> <p>- Sophie ROBIN-OLIVIER, Professeur à l'école de droit de la Sorbonne</p> <p>- Table ronde organisée lors du dernier forum de l'association Trans Europe Experts (TEE), qui s'est tenu le 22 mars 2013 par le pôle « droit social »</p> <p>- Interview de Pierre PREVOSTAU, Directeur Juridique Social du groupe</p>	<p>no 88-43.120 ; Concl. Y. Chauvy, D. 1992, p. 73 ; P. Waquet, Un employeur peut-il filmer à leur insu ses salariés ?, Dr. soc. 1992, p. 28</p> <p>- Cass. soc., 31 janv. 2001, no98.44.290</p> <p>- CA Aix-en-Provence, 4 janv. 1994, no 91/2125</p> <p>- Cass. soc. 10 janv. 2012, RLDI 2012/80, no 2686 ; voir Vignolle P.-D., Géolocalisation des salariés : l'employeur doit être transparent, RLDI no 2675</p> <p>- CA Dijon, ch. soc., 14 sept. 2010, Mille Services c/ Rémi X, <www.legalis.net> ; CNIL, communiqué, Géolocalisation des véhicules : la justice condamne un employeur qui n'a pas suivi les règles « informatique et libertés », 25 oct. 2010, <www.cnil.fr> ; Champloix S., Géolocalisation des salariés : quelle incidence sur le licenciement ?, <www.droit-technologies.org></p> <p>- Cass. soc., 3 nov. 2011, no 10-18.036, RLDI 2011/77, no 2565, RLDI 2012/78, no 2601, comm. Duhén W., JCP S 14 nov. 2011, no 461, act. 446, obs. Miara S. ; JCP G 21 nov. 2011, no 47, 1284, obs. Dedessus-Le Moustier N., JCP S 2012, no 6, 1054, comm. Loiseau G</p> <p>- Cass. soc., 14 janv. 2014, no 12-16.218, X. c/ Sté Goubet, Cah. soc. barreau, no 260, 1er févr. 2014, obs. Icard J. ; Procédures 2014, comm. 75, obs. Bugada A. ; RLDI, no 104, mai 2014, no 3474, p. 52, obs. de Romanet J. ; JCP S 2014, 1213, note Bossu G. ; JCP S 2014, 1214, note Geffray E. et Girot C.</p> <p>- Cass. soc., 14 mars 2000, no 98-42.090, JSL, no 56, no 4, note N. Rérolle, Semaine sociale Lamy, no 974, p. 13</p> <p>- Cass. soc. 26 juin 2013 no 12-16.564</p> <p>- Cass. soc., 26 nov. 2002, no00-42.401</p> <p>- Cass. soc., 23 nov. 2005, no 03-41.401</p>
---	---

<p>AREVA</p> <ul style="list-style-type: none"> - Cah. Soc., juin 2014, p. 346 n°113v1 Santé, Sécurité et condition de travail, Carole ABOUT, Akim AYACHE - G LYON-CAEN, « Libertés publiques et l'emploi », 1991, La Documentation française - O. de Tissot, art. préc., p. 976 : pour l'auteur, « l'apparence est une composante de la dignité » ; G. LYON-CAEN, rapport préc., p. 150 qui associe les vêtements et la coupe de cheveux à l'apparence - La brochure Disney : TGI Créteil, 19 janvier 1995, CGT c/ Eurodisney, RPDS, 1/1996, p. 15 - « Vapoter au bureau : vrai droit ou fumeux détournement de la loi Evin ? », T. Vallat, Les Cahiers Lamy du CE n° 135, mars 2014 - O de Tissot, article, p. 973 - « Les libertés dans l'entreprise », RJS, 2000, p. 236 - Ifop pour PSRE, « L'impact des pots d'entreprise sur les risques routiers, Vague 2 », décembre 2011 - Les cahiers du DRH 2012- n° 187 du 05/2012 - Ph ARDANT, Dr. Social 1982, p. 430 - Le Lamy santé sécurité au travail, Sanctions en cas d'introduction de drogues illicites en entreprises 530-43 - Cahiers sociaux, 01 janvier 2015 n° 270, p. 5 - Délib. Halde / ancien Défenseur des Droits, n° 2009-117, 6 avr 2009 - Délibération HALDE n° 2007-301, 13 nov 2007, Liaisons soc. 31 janv. 2008, bref n° 15047 - Délib. Halde n°2007-301, 13 novembre 2007 ; Délib. Halde n° 2009-117 du 6 avril 2009 - Délib Halde n° 2008-32 du 3 mars 2008 - Cah. Soc., juin 2014, p. 346 n°113v1 - Fages B., Le comportement du contractant, PUAM, 1997, nos 342 à 388 - Droit des relations sociales au travail, Martine Meunier-Boffa - De la clause de mobilité devant la Chambre sociale, Cahiers sociaux, 01 janvier 2009 n° 206, p. 3 - Mobilité : le nécessaire équilibre des intérêts en présence, Etude par Arnaud Martinon, professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Paris I), utilise l'expression « équilibriste » - J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, Droit du travail : Dalloz, 22e éd., 2004, p. 209 - A. Barège et B. Bossu, L'ordinateur et la vie privée du salarié : JCP S 2007, 1451, 	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Cass. soc., 26 nov. 2002, no 00-42.401</u> - <u>Cass. soc., 4 févr. 1998, no 95-43.421</u> - <u>Cass. soc., 7 févr. 1991, no 89-40.816</u> - Cass. soc., 9 oct. 2013, no 11-24.457 - Cass. soc., 5 nov. 2014, no 13-18.427 P ; Dr. soc., 01/2015, obs. D. Boulmier - Cass. 1ère civ., 31 oct. 2012, no 11-17.476 ; voir dans le même sens Cass. 1re civ., 10 sept. 2014, no 13-22.612 ; CEDH, 27 mai 2014, req. no 10764/09, De la Flor Cabrera c. Espagne ; CE, 16 juill. 2014, no 355201 - Cass. soc., 2 oct. 2001, SA Nikon France c/ Onof : Jurisdata n° 2001-011137 ; Bull. civ. 2001, V, n° 291 - Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-45.025, Le Fur c/ SARL Techni-Soft : <u>JurisData n° 2006-035418</u>. – <u>Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-47.400, Alazard c/ SARL Jalma Emploi et protection sociale : <u>JurisData n° 2006-035412</u> ; Bull. civ. 2006, V, n° 308. – A. Lepage, « Accès de l'employeur à des documents détenus par le salarié sur son ordinateur professionnel ou dans son bureau de l'entreprise » : <u>Comm. com. électr. 2007, comm. 61</u>, : A. Saint-Martin, « Une présomption de "professionnalité" des messages électroniques du salarié ? » : RLDI mai 2007/27, n° 899</u> - <u>Cass. soc., 15 déc. 2009, n° 07-44.264, Buzon c/ SCP Giraud et Migot : JurisData n° 2009-050802 ; JCP S 2010, 1172, B. Bossu ; Cass. soc., 21 oct. 2009, n° 07-43.877, Sté Seit Hydr'Eau c/ Martin : JurisData n° 2009-049999 ; <u>Comm. com. électr. 2010, comm. 9</u>, É. A. Caprioli ; RLDI nov. 2009/54, n° 1797 ; JCP S 2010, 1026, B. Bossu</u> - <u>Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.486</u> : RLDI janv. 2011/67, n° 2203 - Cass. crim., 26 janv. 1981 : Bull. crim. 1981, n° 35 ; JCP G
---	---

<p>spéc. n° 26</p> <ul style="list-style-type: none"> - B. Fages, préf. J. Mestre, Le comportement du contractant, PUAM, 1997, n° 552 et s., p. 298 et s - Louis Frédéric PIGNARRE, Petites affiches, 19 septembre 2006 n° 187, p.7 - Ph. Waquet, Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance, Gaz Pal 1996, p 142 - Ph. WAQUET, Vie personnelle et vie professionnelle du salarié : Cah. Soc. Barreau Paris 1994, n° 64, p. 284 - F. GAUDU, L'entreprise de tendance laïque : Dr. Soc. 2011, p. 1186 - CNCDH, avis sur la laïcité, 26 sept. 2013 	<p>1982, II, 19879, note W. Jeandidier</p> <ul style="list-style-type: none"> - <u>Cass. soc.</u>, 20 nov. 1991, n° 88-43.120 : D. 1992, jurispr. p. 73, note Y. Chauvy. – <u>Cass. soc.</u>, 14 mars 2000, n° 98-42.090 : <u>JurisData</u> n° 2000-000980 ; Bull. civ. 2000, V, n° 101 ; Gaz. Pal. 2000, 2, jurispr. p. 1988, note J. Bérenguer-Guillon et L. Guignot. – <u>Cass. soc.</u>, 15 mai 2001, n° 99-42.937 : <u>JurisData</u> n° 2001-009569 ; D. 2001, p. 3015, note T. Aubert-Monpeyssen. – <u>Cass. soc.</u>, 15 mai 2002, n° 00-42.885 : <u>JurisData</u> n° 2002-014531 ; JSL 13 juin 2002, n° 3, p. 25 - TGI Marseille, 11 juin 2003, SA Escota c/ Sté Lycos, Sté Lucent Technologies et Mr Nicolas Breil, n° 01/00390 : <u>JurisData</u> n° 2003-231616 ; Expertises 2003, p. 351 ; www.foruminternet.org - CA Bordeaux, 1er juill. 2003, n° 01/01847, Sté Cegelec Sud Ouest c/ Le Blanc : <u>JurisData</u> n° 2003-220021 ; RJS 2003, n° 1254 - Cass. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, P+B+R+I : <u>JurisData</u> n° 2007-038898 ; JCP G 2007, n° 28, II, 10129, note G. Loiseau ; <u>Comm. com. électr.</u> 2007, <u>comm.</u> 98, A. Lepage ; JCP G 2007, 1538, A. Bariège et B. Bossu ; JCP G 2007, <u>act.</u> 256 ; JCP E 2007, 1844, C. Puigelier ; JCP E 2007, <u>act.</u> 271 ; D. 2007, p. 2137, note J. Mouly - <u>Cass. soc.</u>, 15 déc. 2009, n° 07-44.264, Buzon c/ SCP Giraud et Migot, préc. n° 104 - Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803 : <u>JurisData</u> n° 2007-038898 ; Bull. civ. 2007, ch. mixte, n° 3. - Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-12.330 : <u>JurisData</u> n° 2012-015857. - Cass. soc., 11 juill. 2012, n° 11-22.972 - Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.486. - Cass. soc., 18 oct. 2011, n° 10-26.782 : <u>JurisData</u>
---	---

		<p>n° 2011-022346 ; <u>JCP S 2012, 1041</u>. - Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-14.022 : <u>JurisData n° 2012-014462</u>. - Cass. soc., 19 juin 2013, n° 12-12.138 : <u>JurisData n° 2013-012420</u> ; <u>Comm. com. électr. 2013, comm. 110</u> ; Bull. civ. 2013, V, n° 158</p> <p>- Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017 : <u>JurisData n° 2005-028449</u> ; Bull. civ. 2005, V, n° 165 ; <u>Comm. com. électr. 2005, comm. 121</u>, obs. A. Lepage ; <u>JCP S 2005, 1031</u>, note F. Favennec-Héry ; Dr. soc. 2005, p. 789, note J.-E. Ray</p> <p>- Cass. soc., 12 févr. 2013, n° 11-28.649 : <u>JurisData n° 2013-002073</u> ; <u>JCP S 2013, 1217</u> ; Bull. civ. 2013, V, n° 34 ; RDT 203. 339, obs. N. Nord-Wagner</p> <p>- Cass. soc., 9 juill. 2008, n° 06-45.800 : <u>JurisData n° 2008-044801</u> ; <u>Comm. com. électr. 2008, comm. 128</u> ; Bull. civ. 2008, V, n° 150 ; Dr. soc. 2008. 1082, note J.-E. Ray</p> <p>- Cass. soc., 9 févr. 2010, n° 08-45.253 : <u>JurisData n° 2010-051747</u> ; <u>JCP S 2010, 1243</u>. - Adde A. Barège et B. Bossu, Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié : <u>JCP S 2013, 1393</u></p> <p>- Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-14.779, Sté GFI Securities Limited c/ Sté Newedge Group : <u>JurisData n° 2015-002342</u> ; <u>Comm. com. électr. 2015, comm. 38</u>, Éric A. Caprioli ;</p> <p>- Cass. soc., 16 mai 2013, n° 12-11.866 : <u>JurisData n° 2013-009653</u>. - Cass. soc., 12 févr. 2013, préc.</p> <p>- Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-48.025 : <u>JurisData n° 2006-035418</u> ; <u>JCP S 2006, 1946</u> ; Bull. civ. 2006, V, n° 30 ; <u>Comm. com. électr. 2007, comm. 61</u>, obs. A. Lepage ; RDT 2006. 395, obs. R. de Quenaudon. - Adde J.-E. Ray, L'envers de l'arrêt Nikon : Semaine sociale Lamy, n° 1280, p. 10</p> <p>- Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-15.310 : <u>JurisData n° 2012-014226</u> ; <u>JCP E 2012, act. 459</u> ;</p>
--	--	--

		<p>Bull. civ. 2012, V, n° 196</p> <p>- Cass. com., 16 janv. 2001, n° 98-11.744 : <u>JurisData n° 2001-007769</u> ; Bull. civ. 2001, IV, n° 12. - Cass. com., 10 déc. 2002, n° 00-10.824 : <u>JurisData n° 2002-016804</u> ; Bull. civ. 2002, IV, n° 194</p> <p>- <u>Cass. soc., 16 mai 2013, n° 12-11.866</u> : <u>JurisData n° 2013-009653</u></p> <p>- Cass. soc., 21 oct. 2009, n° 07-43.877 : <u>JurisData n° 2009-049999</u> ; <u>JCP S 2010, 1026</u> ; Bull. civ. 2009, V, n° 226 ; <u>JCP S 2010, 1026</u>, note B. Bossu</p> <p>- Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-44.840</p> <p>- Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-13.884 : Bull. civ. 2012, V, n° 135 ; RDT 2012. 428, obs. M. Keim-Bagot, sachant que la plupart des programmes informatiques comportent un dossier intitulé de la sorte</p> <p>- Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.486</p> <p>- Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-12.502 : <u>JurisData n° 2012-015858</u> ; <u>Comm. com. électr. 2013, comm. 10</u></p> <p>- <i>Cass. soc., 17 mai 2005</i></p> <p>- Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-17.818 : <u>JurisData n° 2007-038972</u> ; Bull. civ. 2007, V, n° 84 ; <u>JCP E 2007, 2228</u>, note J. Raynaud, étant observé que le salarié était présent. - Cass. soc., 10 juin 2008, n° 06-19.229 : <u>JurisData n° 2008-044319</u> ; Bull. civ. 2008, V, n° 129 ; <u>Comm. com. électr. 2008, comm. 128</u>, obs. A. Lepage</p> <p>- CA Besançon, ch. soc., 23 mai 2006, n° 05/01275, Gastel c/ Assoc. L'Odyssée du cirque : <u>JurisData n° 2006-303966</u></p> <p>- <u>Cass. soc., 18 mars 2003, n° 01-41.343</u>, Union mutuelle solidarité c/ Clain : <u>JurisData n° 2003-018591</u></p> <p>- <u>Cass. soc., 1er févr. 2011, no 09-42.786</u></p> <p>- CAA Versailles, 18 octobre 2011</p> <p>- <u>Cass. soc., 7 mars 1995, no 93-43.338</u></p> <p>- <u>Cass. soc., 29 janv. 2008, no 06-45.279</u></p>
--	--	---

		<ul style="list-style-type: none"> - CA Rennes, ch. prud'h., 4 avr. 2000 : <u>JurisData n° 2000-150780</u> - CA Poitiers, 25 mars 2008, no 06-760, Le Maguet-Adam c/ SFR Cegetel - <u>Cass. soc., 9 juil. 2008, no 06-45.800</u> - <u>Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-44.247 : JurisData n° 2009-048024</u> - <u>Cass. soc., 8 déc. 2009, no 08-42.097</u> - <u>Cass. soc., 14 avr. 2010, no 08-43.258</u> - <u>Cass. soc., 22 oct. 2008, no 07-42.654</u> - <u>Cass. soc., 15 déc. 2010, no 09-42.691</u> - <u>Cass. soc., 22 oct. 2008, no 07-42.654</u> - <u>Cass. soc., 21 sept. 2011, no 10-14.869</u> - Cass. soc., 16 mai 2007, no 05-43.455 - <u>Cass. soc., 26 févr. 2013, no 11-27.372</u> - CA Pau, ch. soc, 13 juin 2013, no 11-02759 - Cons. d'Etat. 1^{er} février 1980 : Droit social 1980 p. 317 - CE, 1^{er} février 1980, n° 06.361 - Cass. soc., 22 mai 2002, n° 99-45.878 - Cass. soc., 3 avril 2001, n°98-45.818 - Cour d'Appel de Rennes, 14 janvier 2015, n° 14/00618 - Cass. soc., 24 février 2004, n° 01-47.000 - CPH Grenoble du 20 septembre 2013, RG n° 13/01736 - CE, 22 avril 1988, n°72.908 - Conseil d'Etat 12 juin 1987 : Liaisons sociales. 16 juillet 1987. n° 5976 - CE, 12 juin 1987, n° 72.388 - Cass. soc., 15 avril 2008, n° 06-45.902 - Cass. soc., 11 déc. 2001, n° 99-43.030 - CE, 8 juillet 1988, n° 71.484 - CE, 19 juin 1989, n°78.231 - CE, 19 juin 1987, n°78231 ; CE, 11 juill. 1990, n° 86022 ; CE, 26 nov. 1990, n°96565 - <u>Cass. soc., 22 mai 2002, no 99-45.878 ; Cass. soc.,</u>
--	--	---

		<p><u>24 févr. 2004, no 01-47.000</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - CEDH, 1^{ère} chambre, 7 novembre 2002, n° 58341 / 00 Madsen - Cass. soc., 22 mai 2002, n° 99-45.878 - Cass. soc., 8 février 2012, n° 11-10.382 - <i>Cass. ass. plén., 19 mai 1978 : D. 1978, jurispr. p. 541, note P. Ardant</i> - <i>Cass. soc., 20 nov. 1991 : Bull. civ. V, n° 512</i> - <i>Cass. soc., 14 mai 1997 : Bull. civ. V, n° 175</i> - Cass. soc., 20 nov. 1991 : Bull. civ. V, n° 512 ; RJS janvier 1992, n° 3 ; Dr. soc. 1992, p. 79. - Cass. soc., 22 janv. 1992 : Bull. civ. V, n° 30 ; RJS mars 1992, n° 247 ; Dr. soc. 1992, p. 268 ; Semaine sociale Lamy, 9 mars 1992, n° 590, p. 8, obs. Y. Perriguer. - Cass. soc., 30 juin 1992 : Bull. civ. 1992, V, n° 429. – Cass. soc., 25 oct. 2000 : RJS 2001, n° 37. – V. <u>Fasc. 18-1</u> Cass. soc., 17 mars 1971 : Bull. civ. 1971, V, n° 216. – Cass. soc., 11 déc. 1984 : Juri-soc. 1985, F 27 - Cass. soc., 20 oct. 1976 : Bull. civ. 1976, V, n° 508. – Cass. soc., 5 mars 1987 : Jurispr. soc. UIMM n° 87-490, p. 320 - <i>Cass. soc., 30 mars 1982 : Juri-soc. 1982, F 53</i> - Cass. soc., 16 déc. 1998 : <u>Juris-Data n° 1998-004858</u> - Cass. soc., 17 avr. 1991 : Bull. civ. 1991, V, n° 201 ; D. 1991, inf. rap. 140 ; Dr. ouvrier 1991, p. 201, obs. P. Bouaziz. – V. J. Savatier, Le licenciement, à raison de ses moeurs, d'un salarié d'une association à caractère religieux : Dr. soc. 1991, p. 485. – P. Gulphe, De la non-interférence de la vie privée sur la vie professionnelle du salarié en droit français : JCP E 1990, II, 15736 - <u>Cass. soc., 4 mai 1995, no 93-44.160</u> - Cass. soc., 20 nov. 1991 :
--	--	--

		<p>Jurispr. soc. UIMM n° 92-546, p. 57 ; RJS 1992, n° 3. – Adde Cass. soc., 22 janv. 1992, préc. n° 191, "trouble objectif". – Cass. soc., 1er avr. 1992 : <u>Juris-Data n° 1992-001614</u></p> <p>- Le Lamy Transport routier de marchandises au quotidien, L'employeur peut-il sanctionner un salarié pour des faits commis en dehors de l'entreprise ?</p> <p>- <u>Cass. soc., 25 janv. 2006, pourvoi n° 04-44.918, arrêt n° 171 FS-P+B</u></p> <p>- <u>Cass. soc., 10 déc. 2008, n° 07-41.820 : JurisData n° 2008-046211 ; Bull. civ. 2008, V, n° 245 ; D. 2009, p. 104, obs. Inés, propos injurieux visant une supérieure hiérarchique</u></p> <p>- <u>Cass. soc., 9 juill. 2002, n° 00-45.068 : JurisData n° 2002-015427 ; Dr. famille 2003, comm. 22, note Fadeuilhe</u></p> <p>- <u>Cass. soc., 29 nov. 1984, no 82-41.664, Cah. prud'h. 1985, p. 160</u></p> <p>- Cass. soc., 21 sept. 2006, n° 05-41.155 : <u>JurisData n° 2006-035026 ; Bull. civ. 2006, V, n° 285 ; D. 2006, p. 2901, note Gaba ; RTD civ. 2007, p. 114, obs. J. Mestre et B. Fages. – Mais le fait de ne pas signaler l'acquisition et l'implantation d'un centre de lavage par une société concurrente exploitée par l'épouse du salarié peut être constitutif d'un trouble objectif caractérisé, Cass. soc., 17 mars 2010, n° 08-43.275, inédit : <u>JurisData n° 2010-002182</u></u></p> <p>- <i>Cass. soc., 22 janv. 1992 : Bull. civ. V, n° 30</i></p> <p>- <u>Cass. soc., 20 nov. 1991, no 89-44.605, Dr. soc. 1992, p. 79</u></p> <p>- Cass. soc. 9 juillet 2002, n° 00-45068 D</p> <p>- <u>Cass. soc., 14 mai 1997, no 94-45.473</u></p> <p>- <u>Cass. soc., 16 juin 1998, no 96-41.558 ; Cass. soc., 15 juin 1999, no 96-44.772, Bull. civ. V, no 279 ; Cass. soc., 21 mars 2000, no 97-44.370, Bull.</u></p>
--	--	---

		<p>civ. V, no 115 ; <u>Cass. soc., 11 juill. 2000, no 98-42.180 ; Cass. soc., 18 juin 2002, no 00-41.128</u> ; <u>Cass. soc., 21 oct. 2003, no 00-45.291 ; Cass. soc., 13 sept. 2006, no 05-42.909 ; Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, no 05-40.803, Bull. ch. mixte, no 3</u> ; <u>Cass. soc., 8 oct. 2014, no 13-16.793, P+B</u> ; <u>Cass. soc., 27 mars 2012, no 10-19.915</u> ; <u>Cass. soc., 10 mai 2001, no 99-40.584, Bull. civ. V, no 159</u> ; <u>Cass. soc., 29 sept. 2014, no 13-13.661</u> ; <u>Cass. soc., 21 nov. 2007, no 06-44.229</u> ; <u>Cass. soc., 24 juin 1998, no 96-40.150, Bull. civ. V, no 338</u> : pour réaliser une escroquerie, le salarié avait utilisé les services de la banque qui l'employait ; voir encore <u>Cass. soc., 28 mars 2000, no 97-44.309, Bull. civ. V, no 127 ; Cass. soc., 25 janv. 2006, no 04-44.918, Bull. civ. V, no 26, a contrario Cass. soc., 21 oct. 2003, no 00-45.291</u> ; <u>Cass. soc., 27 juin 2001, no 99-45.121</u> ; <u>Cass. soc., 2 déc. 2003, no 01-43.227 ; Cass. soc., 19 mars 2008, no 06-45.212</u> ; <u>Cass. soc., 3 mai 2011, no 09-67.464 ; Cass. soc., 10 juill., no 12-16.878</u> ; <u>Cass. soc., 3 mai 2011, no 09-67.464, Bull. civ. V, no 105</u> ; <u>Arrêt n° 537 du 19 mars 2013 (12-11.690) - Cour de cassation Chambre sociale</u> ; https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/537_1925763.html ; <u>Cass. soc 18 février 1998, n° 95-43.491, Bouéry c/ Sté Sleever international, Juris. Actua. N°7852 du 23 avril 1998, Bull. n°90</u> ; <u>Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 6 novembre 2001 n° 99-43.988</u> ; <u>CA St Denis de la Réunion, 9</u></p>
--	--	---

		<p>septembre 1997, Sté Milhac Nord c/ Meraly, D. 1998, jur. P. 546 et la note de S. Farnocchia</p> <p>- Cass. soc., 28 mai 2003, ref à préciser !</p> <p>- Cass. soc. 12 novembre 2008, n° 07-42.220</p> <p>- Cass soc 17 avril 1986, n° 85-41.325 Sté Agence Protection et Sécurité c/ Taine</p> <p>- Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273</p> <p>- Cass soc 22 juillet 2006, n° 82-43.824</p> <p>- CE, 12 novembre 2012, n° 349365</p> <p>- Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-12.884</p> <p>- Cass. soc., 9 février 2012, n° 10-19.496</p> <p>- <u>Cass. soc., 14 juin 1994, no 92-43.390</u></p> <p>- Cass. soc., 17 octobre 1979, Bull. civ. V, no 733 et Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-43.823</p> <p>- Cass. soc., 8 juin 2011, n° 10-30.162</p> <p>- Cass. soc., 24 février 2004, n° 02-40.290</p> <p>- Bulletin 51, Mai 2015, article L 4122-1 du Code du travail</p> <p>- Cass. soc., 1^{er} juillet 2008, n° 07-40.053. ca Aix en Provence, 9^{ème} chambre, 10 mai 2013, n° 11/16117</p> <p>- Cass. soc., 27 mars 2012, n° 10-19.915</p> <p>- Cass. soc., 17 octobre 2009</p> <p>- Cass. soc., 1^{er} juillet 2008 : M.X c/ SA Cartonneries de Gondardennes, pourvoi n° 06-46.421</p> <p>- Cass. soc., 6 oct. 2010, n° 09-65103 : X c/ Sté L'abbaye de Saint-Ermire</p> <p>- Cass soc 29 juin 2005, n° 03-44.412 : l'employeur n'avait pas satisfait aux exigences de la loi Evin</p> <p>- Cons. Prud. Paris, 6 février 2014, n° 12/01583</p> <p>- Cass. soc. 6 oct 2010, n° 09-65.103</p> <p>- Cass. soc. 1^{er} juillet 2008, n° 06-46.421</p> <p>- CA Toulouse, 11 octobre</p>
--	--	--

		<p>2001, n° 2001/00557</p> <ul style="list-style-type: none"> - Eweida and others v United Kingdom - CEDH, 25 mai 1993, Vincent BERGER : arrêt rendu à propos d'un témoin de Jéhovah - Cass. soc., 1^{er} juillet 2008, M.X c/ SA Cartonneries de Gondardennes (pourvoi n° 06-46.421) - Cass soc 16 décembre 1981, n° 74-41.300P) - Cass. soc., 3 juin 2009, no 07-44.513, D. 2010, p. 407, obs. Karaa S - Cass. soc., 3 juin 2009, no 07-44.513, D. 2010, p. 407, obs. Karaa S - Cass. soc., 18 mars 1997 : <u>JurisData n° 1997-005794</u> - Cass. soc., 12 janv. 1999 : Juris-Data n° 1999-000086 ; Dr. soc. 1999, p. 287, note J.-E. Ray - Cass. soc., 28 févr. 2012, n° 10-18.308 : <u>JurisData n° 2012-003036</u> ; JCP S 2012, 1244, note G. Loiseau - Cass. soc., 13 avr. 2005 : Bull. civ. 2005, V, n° 134 ; JurisData n° 2005-028036 ; RJS 2005, n° 708 ; Dr. soc. 2005, p. 909, note J. Savatier – Cass. soc. 12 nov. 2008 : <u>JurisData n° 2008-046042</u> ; JCP S 2009, 1111, note B. Bossu - Cass. soc., 12 juill. 2005 : JurisData n° 2005-029503 ; JCP S 2005, 1209, note P.-Y. Verkindt ; RJS 2005, n° 1048 ; Dr. soc. 2005, p. 1037, note J. Barthélémy. – Cass. 1^{re} civ., 7 févr. 2006 : <u>JurisData n° 2006-032055</u> ; JCP S 2006, 1256, note P. – Y. Verkindt ; RJS 2006, n° 638 - Cass. soc., 7 juin 2006 : Bull. civ. 2006, V, n° 209 ; <u>JurisData n° 2006-034030</u> ; JCP S 2006, 1917, note B. Bossu ; Dr. soc. 2006, p. 926, note F. Favennec-Héry. – Cass. soc., 14 oct. 2008 : Bull. civ. 2008, V, n° 191 ; <u>JurisData n° 2008-045381</u> ; JCP S 2008, 1668, note B. Bossu
--	--	--

		<p>- Cass. soc., 21 février 2007, n° 05-45319, Mme X c/ Sté Antésite. ; Cass. soc., 28 mars 2006, n° 04-41016, Mme C c/ Sté CSF. ; Cass. soc., 7 juin 2008, n° 04-45846, M. X c/ Assoc. Interprofessionnelle d'aide à la construction AIAC</p> <p>- Cass. soc., 17 juillet 2007, n° 04-45846, M. X c/ Assoc. Interprofessionnelle d'aide à la construction – AIAC. ; Cass. soc., 21 février 2007, n° 05-45319, M. X c/ Sté SAS Développement</p> <p>- Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200 : <u>JurisData</u> n° 2009-049560 ; Bull. civ. 2009, V, n° 191 ; <u>JCP S 2009, 1535</u>, note S. Béal et P. Klein</p> <p>- <u>Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 96-40.755 : <u>Juris-Data</u> n° 1999-000086</u> ; Bull. civ. 1999, V, n° 7 ; D. 1999, p. 645, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly</p> <p>- <u>Cass. soc., 12 juill. 2005, n° 04-13.342 : <u>Juris-Data</u> n° 2005-029503</u> ; Bull. civ. 2005, V, n° 241 ; RTD civ. 2006, p. 109, obs. J. Mestre et B. Fagès</p> <p>- CA Poitiers, 23 oct. 2001 : Bull. inf. C. cass. 15 nov. 2003, n° 587. – Cass. soc., 13 avr. 2005 : Dr. soc. 2005, p. 809, note J. Savatier</p> <p>- Cass. Soc. 12 janvier 1999, pourvoi n° 96-40.755</p> <p>- Cass. soc., 14 oct. 2008 : Bull. civ. 2008, V, n° 192 ; <u>JurisData</u> n° 2008-045383 et n° 2008-045382 ; <u>JCP G 2008, II 10201</u>, note D. Corrigan-Carsin</p> <p>- Cass. soc., 17 oct. 2000, n° 98-42.177 : <u>JurisData</u> n° 2000-006271 ; Bull. civ. 2000, V, n° 327</p> <p>- Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 07-40.523, préc. note 3</p> <p>- CA Versailles, 5 sept. 2012, n° 11/00637 : <u>JurisData</u> n° 2012-020441 ; Semaine sociale Lamy 2012, n° 1551, p. 14. – P. Adam, Vie familiale et mobilité : des racines et des ailes : Semaine sociale Lamy 2012, n° 1554, p. 6</p> <p>- Cass. soc., 18 mai 1999 : Dr. soc. 1999, p. 734. – Cass. soc.,</p>
--	--	---

		<p>10 janv. 2001 : JurisData n° 2001-007702. – Cass. soc., 23 janv. 2002, JurisData n° 2002-012849. – Cass. soc., 25 mars 2009 : JurisData n° 2009-047636 ; JCP S 2009, 1294, note B. Bossu) et l'employeur ne doit pas agir avec une légèreté blâmable (Cass. soc., 6 févr. 2001, n° 98-44.190 : JurisData n° 2001-008015 – Cass. soc., 6 févr. 2001, n° 98-44.190 : JurisData n° 2001-008015 – Cass. soc., 23 févr. 2005 : Bull. civ. 2005, V, n° 64 ; JurisData n° 2005-027116 ; JCP E 2005, 1069, note D. Corrigan-Carsin ; Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 07-43071, Mme X c/ Sté OTIS – Cass. soc., 23 févr. 2005, n° 04-45.463 : JurisData n° 2005-027117 : Dr. soc. 2005, p. 576, obs. J. Mouly ; RDC 2005, p. 761, obs. Ch. Radé. – P. Bouaziz et I. Goulet, À propos de la modification du lieu de travail et de la clause de mobilité : Dr. soc. 2005, p. 634 – Cass. soc., 14 oct. 2008, no 07-40.523, Bull. civ. V, no 192, JCP G 2008, II, no 10201, note Corrigan-Carsin D – Cass. soc., 13 janv. 2009, no 06-45.562, Bull. civ. V, no 4, D. 2009, p. 1799, note Escande-Varniol M.-C., RDC 2009, p. 1126, note Neau-Leduc C. – Cass. soc., 6 févr. 2001, n° 99-44.190, Bull. civ. V, n° 41 – Cass. soc., 14 oct. 2008 : JurisData n° 2008-045383 ; JCP S 2008, 1668, note B. Bossu – Cass. soc., 15 déc. 2004 : JurisData n° 2004-026212 ; Semaine sociale Lamy, n° 1197, p. 12. – Cass. soc., 3 mai 2006 : JurisData n° 2006-033331 ; JCP S 2006, 1694 ; Dr. soc. 2006, p. 929, obs. Ph. Waquet – Cass. soc., 12 janv. 1999 : Dr. soc. 1999, p. 287, obs. J.-</p>
--	--	---

		<p>E. Ray ; RJS 1999, n° 151, en l'espèce la mise en oeuvre de la clause portait atteinte au libre choix du domicile. – Cass. soc., 14 oct. 2008 : JurisData n° 2008-045382 ; JCP S 2008, 1668, note B. Bossu ; RDT 2008, p. 731, note G. Auzero à propos de la mise en oeuvre d'une clause portant atteinte à une vie personnelle et familiale normale. – Cass. soc., 13 janv. 2009 : JurisData n° 2009-046555 ; JCP S 2009, 1162, note B. Bossu</p> <p>- Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 07-40523n Mme X c/ Sté Price Waterhouse</p> <p>- Cass. soc., 14 déc. 2005, n° 03-47721, Mme X c/ M.Y ; Cass. soc. 28 mars 2006, n° 04-41016, Mme X c/ Sté CSF ; Cass. soc., 17 juill. 2007, n° 06-42935, M.X et Y, Mme Z c/ Sté Laboratoires Bourèchee ; Cass. soc., 23 jan. 2008, n° 07-40522, Mme X c/ Sté Distribution Casino France</p> <p>- Louis-Frédéric PIGNARRE Note sur les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation du 12 juillet 2005 (n° 04-13.342) et du 7 février 2006 (n° 05-12.113)</p> <p>- Cass. soc., 11 juill. 2001 : JCP E 2002, 372, note G. Lachaise ; TPS 2001, comm. 359, osb. P.-Y. Verkindt. – Cass. soc., 20 déc. 2006 : Semaine sociale Lamy 15 janv. 2007, p. 14. – Fasc. 19-40</p> <p>Cass. soc., 21 février 2007, n° 05-45319, Mme X c/ Sté Antésite ; Cass. soc., 31 oct. 2007, n° 06-43884, Mme X c/ Sté AGF ; Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 06-46306, Mme X c/ Société C2R ; Cass. soc., 21 janv. 2009, n° 07-41173, M.X c/ Société Swan Instruments d'analyse France</p> <p>- Cass. soc., 11 juill. 2001, n° 99-41.574 : JurisData n° 2001-010576 ; Bull. civ. 2001, V, n° 265. – V. aussi, Cass. soc., 15 janv. 2002, n° 99-45.979 : JurisData n° 2002-012524 ; RJS 2002, n° 471.</p> <p>- Cass. soc. 14 oct. 2008, pourvoi n° 07-40.523</p>
--	--	---

		<ul style="list-style-type: none"> - Cass. ass., 19 mai 1978, Dame Roy, n° 76-41.211 ; Cass. soc., 20 nov. 1986, Fischer, n° 84-43.243 - <u>Cass. ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369</u> - Conseil d'Etat 21 décembre 2010, Affaire Topal, Arrêt n° 210.000 de 44 pages sur rapport contraire de son Auditeur. Rapport 196.031/VI-18.597 de l'Auditeur Benoit Cuvelier - AP, Cour de cassation 19 mai 1978 N° de pourvoi: 76-41211 - Cass. soc. 20 novembre 1986 N° de pourvoi: 84-43243 - Arrêt Lucia Dhalab contre Suisse du 15 février 2001 - Arrêts Obst c. Allemagne du 23 septembre 2010 et Schüth c. Allemagne du 28 juin 2012 - CA Paris, 27 nov 2013, n° 13/02981 : JurisData n° 2013-026587 ; JCP S 2013, note B. BOSSU ; D. 2014, p. 65, J. MOULY - CEDH, 18 mars 2011, n° 30814 : JCP G 2011, 601, G. Gonzalez
--	--	---

Doctrine	Normes	Jurisprudences
<p>- La vie privée du salarié à l'épreuve des relations de travail, Cédric JACQUELET</p> <p>- F. Schoenberger, Temps et lieu de la vie personnelle, temps et lieu de la vie professionnelle : Dr. soc. 2010, p. 32</p> <p>- J. Hauser, À propos de l'arrêt Spileers : RDT civ. 1999, p. 358. – J.-P. Marguenaud et J. Mouly, Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe européen de proportionnalité : D. 1999, p. 645</p> <p>- Le domicile du salarié, Etude par Marion Emeras, docteur en droit</p> <p>- J.-E. Ray, Quel avenir pour les clauses de mobilité géographique ?</p> <p>- G. Loiseau, Le démantèlement des obligations de résidence : <u>JCP S 2012, 1244</u></p> <p>- P. Lokiec, L'accord du salarié : Dr. soc. 2010, p. 142 http://www.cnil.fr/fileadmin/document/s/Guides_pratiques/CNIL_GuideTravail.pdf</p> <p>- I. Ayache-Revah et M. Ayadi, Vie privée, vie publique : droit du travail et libertés individuelles : JSL 2013, n° 345, p. 4</p> <p>- <i>Un célibat contractuel, Dr social</i> 1961 987</p> <p>- Informatique et libertés, L'e-réputation sous le prisme du droit du travail, Emmanuel WALLE et Sophie SAVAIDES</p> <p>- A. Weill, F. Terré, Droit civil-les obligations, 4éd, n°638 et suivants.</p> <p>- Observatoire Hopcotch-Viavoie, Salariés et médias sociaux, janv. 2011, consultable sur http://www.hopscotch.fr/media/00/01/3936005242.pdf</p> <p>- Droit social, Actualité sur l'aspect probatoire des licenciements Facebook, Gautier DEMALAFOSSE, Docteur en droit</p> <p>- Le Clainche J, in RLDI 2011/67, no 2208 ; Hardouin R., in RLDI précitée, no 2209</p>	<p>- Article 1134 Cc : <i>" Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi."</i></p> <p>- CNIL, délib. n° 2012-475, 3 janv. 2013, Syndicats des copropriétaires « Arcades des Champs-Élysées »</p> <p>- Accord-cadre européen sur le télétravail, 16 juill. 2002</p> <p>- Accord-cadre européen sur le télétravail, 16 juill. 2002, art. 6</p> <p>- CNIL, délib. n° 2009-201, 16 avril 2009 : http://www.cnil.fr. – L. Marino, Vidéosurveillance au travail : le principe de proportionnalité mis en oeuvre par la CNIL : RDT 2010, p. 108</p> <p>- CNIL délib. n° 2005-019, 3 févr. 2005, norme simplifiée n° 47 : http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/Videosurveillance/CNIL_Video_a_u_travail.pdf</p> <p>- Rapp. Article L 1121-1 du Code du travail pour le contrat de travail</p>	<p>- Conv. EDH, art. 8, « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance (...) »</p> <p>- Cons. const., déc. 23 juill. 1999, n° 99- 416 DC : <u>Journal Officiel 28 Juillet 1999</u>. – Cons. const., déc. 18 janv. 1995, n° 94-352 DC</p> <p>- Cass. civ. 3^{ème} ch, 25 février 2004, RTD Civ., 2004, p. 789, obs. J. MESTRE et B. FAGES</p> <p>- Cons. const., déc. 19 janv. 2006, n° 2005-532 DC : <u>Journal Officiel 24 Janvier 2006</u></p> <p>- Cass. soc. 12 nov. 2008, n° 07-42.601 : <u>JurisData n° 2008-046042</u> ; <u>JCP S 2009, 1111</u>, note B. Bossu. – V. aussi, Cass. soc., 12 juill. 2005, n° 04-13.342 : Bull. civ. 2005 V, n° 241. – Cass. soc., 13 avr. 2005, n° 03-42.965 : <u>JurisData n° 2005-028036</u> ; Bull. civ. 2005, V, n° 134</p> <p>- Cass. soc., 28 févr. 2012, n° 10-18.308 : <u>JurisData n° 2012-003036</u> ; Bull. civ. 2012, V, n° 78 ; <u>JCP S 2012, 1244</u>, note G. Loiseau</p> <p>- Cass. soc., 13 janv. 2009, n° 07-43.282 : <u>JurisData n° 2009-046553</u> ; Bull. civ. 2009, V, n° 3 ; <u>JCP S 2009, 1122</u>, note B. Bossu. – J. Mouly, Du pouvoir de l'employeur de réglementer l'usage par le salarié de son domicile : D. 2009, p. 1316</p> <p>- Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 08-40.434 : <u>JurisData n° 2009-049573</u> ; Bull. civ. 2009, V, n° 190 ; RDT 2010, p. 37, obs. A. Gardin ; <u>JCP S 2010, 1027</u>, note B. Bossu</p> <p>- Cass. soc., 24 janv. 2007, n° 05-40.369</p> <p>- Cass. soc., 24 janv. 2007, n° 05-40.369</p> <p>- Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 07-40.523 : <u>JurisData n° 2008-045382</u> ; Bull. civ. 2008 V, n° 192 ;</p>

<ul style="list-style-type: none"> - Informatique et libertés, L'e-reputation sous le prisme du droit du travail, Emmanuelle WALLE et Sophie SAVAIDES <i>étude de l'Ined publiée jeudi 24 janvier.</i> http://www.lacroix.com/Famille/Couple - Revues des Juristes de Sciences Po n° 10, Mars 2015, 110 - Guide pratique – Le Lamy droit du numérique - 2015 - Naftalski F. et Desgens-Pasanau G., À l'aune du nouveau règlement européen en matière de protection des données à caractère personnel, les BCRs se profilent comme le meilleur moyen pour un groupe international d'assurer sa conformité Informatique et Libertés, Comm. com. électr. 2012, Focus 20 - Droit du travail et nouvelles technologies Isabelle de Benalcazar - G. Braibant, Rapp. au Premier ministre sur la transposition en droit français de la directive n° 95/46, mars 1998 : Doc. fr. - Informatique. Données à caractère personnel – Formalités préalables à la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel, mis à jour au 31/05/2015 - Sénat, n° 93, 6 nov. 2009. – O. Proust, État des lieux sur la proposition de loi du Sénat visant à modifier la loi « Informatique et libertés » : Rev. Lamy dr. immat., n° 55, 2009, n° 1823 - Désignation d'un « correspondant informatique et libertés » Guide pratique – Le Lamy social 2015 - Guide pratique – Le Lamy social - 2015 - <u>JCl. Administratif, Fasc. 274-10 et JCl. Communication, Fasc. 4710</u> - Logiciels de gestion des activités sociales et culturelles : normes de la Cnil à respecter, Le Lamy droit des comités d'entreprise - Petites Affiches, 09 juin 2004, n° 115, p. 3 Droit social - Conseil de l'Europe, Les nouvelles technologies : un défi pour la 	<ul style="list-style-type: none"> - Communication CNIL, 28 déc. 2007 - CNIL, L'homo informaticus entre servitude et liberté ; 26è rapport d'activité 2005, p. 49 - Délib. Cnil n° 2007-248, 13 sept. 2007 et délib. CNIL n° 2007-335 à 2007-339, 8 nov. 2007 - CNIL, 12 janvier 2006 « <i>S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé</i> » (article 145 CPC) - Direc 1995, art 17 et L 1978 art 29 - http://www.cnil.fr - A. Delvoie, Le correspondant CNIL : une adaptation française du « Chief Privacy Officer » : Gaz. Pal. 2005, 1, doctr. p. 912 Rapp. CNIL, 5 février 2002, sur la cybersurveillance des salariés sur les lieux de travail - L. n°78-17, 6 janv. 1978, dite Foyer relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art 11, 3° : Journal Officiel 7 janvier 1978 mod. Par L. n° 2004-801, 6 août 2004 : Journal Officiel 7 août 2004 	<ul style="list-style-type: none"> D. 2008, n° 38, p. 2673, note L. Perrin - Cass. soc., 9 mai 1990, n° 87-40.261 : Bull. civ. 1990, V, n° 210. - Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 96-40.755, préc. note 17. – Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 07-43.071 : <u>JurisData n° 2008-045412</u> - Cass. soc., 9 nov. 2011, n° 10-10.320. – Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 06-46.400 et n° 07-42.352 : <u>JurisData n° 2008-045381</u> ; Bull. civ. 2008, V, n° 191. - Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 04-45.396 : <u>JurisData n° 2006-034609</u> ; Bull. civ. 2006, V, n° 241. - Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-45.846 : <u>JurisData n° 2006-034030</u> ; Bull. civ. 2006, V, n° 209. - À peine de nullité, Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 09-42.539 - Cass. soc., 13 janv. 2009, n° 06-45.562 : <u>JurisData n° 2009-046555</u> ; Bull. civ. 2009, V, n° 4. – E. Collomp, La vie personnelle au travail : Dr. soc. 2010, p. 42. – J.-E. Ray, Quel avenir pour les clauses de mobilité géographique ? : Dr. soc. 2011, p. 911. - Cass. soc., 12 févr. 2014, n° 12-23.051 : <u>JurisData n° 2014-002136</u> ; <u>JCP S 2014, 1212</u>, note H. Guyot. – Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-43.592 : <u>JurisData n° 2006-033752</u> ; Bull. civ. 2006, V, n° 196 ; Dr. soc. 2006, p. 925, obs. J. Savatier ; <u>JCP S 2006, 1815</u>, note B. Bossu - Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-43.592 ; Cass. soc., 12 févr. 2014, n° 12-23.051 - Cass. soc., 12 juill. 2005, n° 04-13.342 - Cass. soc., 7 mars 2007, n° 05-2-1.017 : <u>JurisData n° 2007-037848</u>. – Cass. 1re civ., 26 sept. 2006, n° 05-21.018 : <u>JurisData n° 2006-035195</u> - Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.727 : Bull. civ. 2001, V, n° 292 - Le domicile du salarié, Etude par Marion Emeras, docteur en droit - Cass. Soc. 4 juill. 2012, n° 11-30.266 : <u>JurisData n° 2012-014943</u> ; Bull. civ. 2012, V, n° 208
---	---	---

<p>protection de la vie privée ? : Strasbourg, 1989, p. 35</p> <p>ˆ « Anticiper sur les nouvelles obligations légales pour protéger les données personnelles dans l'entreprise », Cahiers de droit de l'entreprise n° 2, Mars 2012, prat. 10, Etude Cahier pratique rédigé par Merav Griguer Avocat à la cour Feral-Schul Sainte -Marie</p> <p>ˆ Que faire lorsque le titulaire du droit d'accès rencontre un refus de communication des informations ? Guide pratique – Le Lamy droit du numérique - 2015</p> <p>ˆ CNIL, dél. no 2012-213, 22 juin 2012, Comm. com. électr. 2012, no 9, comm. 101, Lepage A. ; CNIL, communiqué, Un employeur sanctionné pour avoir refusé la demande d'un salarié voulant accéder à ses données, 9 juill. 2012, <www.cnil.fr></p> <p>ˆ « Anticiper sur les nouvelles obligations légales pour protéger les données personnelles dans l'entreprise », Cahiers de droit de l'entreprise n° 2, Mars 2012, prat. 10, Etude Cahier pratique rédigé par Merav Griguer Avocat à la cour Feral-Schul Sainte -Marie</p> <p>ˆ J.-E. Ray, Le droit du travail à l'épreuve des TIC, op. cit., p. 35</p> <p>ˆ Centre d'analyse stratégique, rapport L'impact des TIC sur les conditions de travail, févr. 2012, p. 161</p> <p>ˆ P.-Y. Verkindt, La santé au travail. Quelques repères pour un droit en mouvement : Dr. ouvrier 2003, p. 87</p> <p>ˆ J. Martinez, Les mouvements d'extension du droit de la santé au travail : JCP S 2009, 1170</p> <p>ˆ L. Bishop, Visible et invisible work : the emerging post-industrial employment relation. Computer supported cooperative work : CSCW : An international Journal. 1999, 8, 1-2, p. 115-126</p> <p>ˆ DARES, premières synthèses, n° 99-07, n° 27-1, Travail et charge mentale</p> <p>ˆ Étude des facteurs psycho-sociaux au travail du modèle de Karasek dans l'enquête SUMER, DARES (août 2006)</p> <p>ˆ Enquête sur la surveillance médicale</p>	<p>- JO 7 août 2004</p> <p>- <u>L. no 2004-801, 6 août 2004</u>, précitée, art. 44</p> <p>- art. 45, loi n° 2004-801, 6 août 2004</p> <p>- Ord. N° 311974, 19 février 2008</p> <p>- Loi n° 78-17, modifiée, art. 8, I</p> <p>- L n° 78-17, modifiée, art 8, II, 1°</p> <p>- L n° 78-17, modifiée, art. 8, II, 4°</p> <p>- L n° 78-17, modifiée, art. 8, II, 3°</p> <p>- <u>L. n° 78-17</u>, modifiée, art. 8, II, 7° ; <u>L. n° 78-17</u>, modifiée, art. 8, IV</p> <p><u>L. n° 78-17</u>, modifiée, art. 8, II, 2°</p> <p><u>L. n° 78-17</u>, modifiée, art. 8, II, 5°</p> <p><u>L. n° 78-17</u>, modifiée, art. 8, II, 6° et 8°</p> <p><u>L. n° 78-17</u>, modifiée, art. 8, IV ; <u>L. n° 78-17</u>, modifiée, art. 8, III</p> <p>ˆ art. 1 et 3 de la Norme simplifiée n° 46, <u>délibération de la CNIL n° 2005-002 du 13 janvier 2005</u></p> <p>ˆ <u>L. no 78-17, 6 janv. 1978</u> ; <u>Délib. CNIL, no 2005-002, 13 janv. 2005</u>, norme no 46 ; voir no <u>7002</u></p> <p>ˆ <u>C. trav., art. D 3171-15</u> : « Les documents mentionnés aux articles D. 3171-7 à D. 3171-13 peuvent être sous format électronique lorsque des garanties de contrôle équivalentes sont maintenues.</p> <p>En cas de traitement automatisé des données nominatives, l'employeur communique à l'inspecteur du</p>	<p>- Cass. 1re civ., 2 juill. 2014, n° 13-21.929 : <u>JurisData n° 2014-014854</u></p> <p>- Cass. crim. 11 mars 2014, n° 13-86.885 : <u>JurisData n° 2014-004369</u></p> <p>- Cass. soc., 26 nov. 2002, n° 00-42.401 : Bull. civ. 2002, V, n° 352</p> <p>- Cass. soc., 9 juill. 2008, n° 06-45.800 : <u>JurisData n° 2008-044801</u> ; Bull. civ. 2008, V, n° 150</p> <p>- Cass. soc. 29 janv. 2008, n° 06-45.279</p> <p>- Cass. soc. 7 février 1968, n° <u>65-40622</u>, BC V n° 86</p> <p>- Cass. soc. 10 juin 1982, n° <u>80-40929</u>, BC V n° 392</p> <p>- <i>Cass. soc., 10 juin 1982 : JCP G 1984, II, 20230, note S. Hennion-Moreau. – CA Rennes, 31 janv. 1980 : JCP E 1980, I, 9100, p. 280, n° 5, obs. B. Teyssié</i></p> <p>- <i>CA Paris, 1er juin 1900 : DP 1904, I, 299</i></p> <p>- <i>Cass. soc., 5 févr. 1959 : Bull. civ. 1959, IV, n° 181</i></p> <p>- <i>CEDH, 11 juill. 2002 : D. 2003, jurispr. p. 2032</i></p> <p>- <i>CA Paris, 30 avr. 1963 : D. 1963, jurispr. p. 428, note A. Rouast</i></p> <p>- Tribunal des conflits : 15 janvier 1968, 01908</p> <p>- TC 15 janvier 1968 Epoux Barvier, GA n° 100</p> <p>- CA Rennes, 31 janv. 1980 : Dr. ouvrier 1981, p. 219</p> <p>- Req 11 nov 1912, DP 1913 I. 105 note G Ripert, note E Naquet</p> <p>- <u>Cass. soc., 20 janv. 1960, n° 58-40.718</u>, Bull. civ. V, n° 63</p> <p>CE, 20 juill. 1990 : Dr. soc. 1990, p. 862. – CE, 23 juill. 1993 : Dr. soc. 1993, p. 842</p> <p>- Cass. ass. plén., 19 mai 1978 : D. 1978, jurispr. p. 541, concl. R. Schmelck, note Ph. Ardant</p> <p>- Cass. ass. plén., 19 mai 1978 : D. 1978, jurispr. p. 541, note P. Ardant</p> <p>- Cons. const., 13 août 1993, déc. n° 93-325 DC : Journal Officiel 18 Aout 1993 ; JCP G 1993, III, 66372</p> <p>- Cass. soc. 28 avril 1988 N° de pourvoi: 87-41804</p> <p>- Soc. 27 nov. 1991 Dr. soc. p 334</p> <p>- Soc., 16 nov. 1993, Jurisprudence Sociale UIMM 1994 p31</p>
--	---	---

<p>des risques professionnels : www.travail-solidarite.gouv.fr (rubrique études/recherches/statistiques de la - DARES)</p> <p>- P. Nasse et P. Légeron, rapport sur la détermination, la mesure et le suivi des risques psycho-sociaux au travail : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/ezproxy.u-pec.fr/var/storage/rapports-publics/084000156/0000.pdf (consulté en juillet 2013)</p> <p>- Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social</p> <p>- P.-Y. Verkindt, L'ANI du 2 juillet 2008 sur le stress au travail : entre lumière et ombre : <u>JCP S 2008, act. 483</u>. – M. Véricel, Stress au travail : conclusion d'un accord national interprofessionnel : RDT 2008, p. 751. – L. Lerouge, Le stress au travail, objet d'un ANI : Semaine sociale Lamy 2008, n° 1365, p. 2. – F. Pelletier et I. Sauvegrain, Accord sur le stress au travail... reste aux entreprises à se l'approprier : <u>JCP S 2008, act. 484</u>. – Des mêmes auteurs, Le stress au travail : comment négocier un accord d'entreprise ? : <u>JCP S 2008, 1611</u>. – B. Legros, La transposition de l'accord-cadre européen du 8 octobre 2004 sur le stress au travail : <u>JCP S 2009, 1280</u>. – D. Jourdan, Accord de méthode sur la prévention du stress au travail : <u>JCP S 2010, 1126</u></p> <p>- ANI 26 mars 2010 sur le harcèlement et les violences au travail étendu par <u>A. 23 juill. 2010</u> : <u>Journal Officiel 31 Juillet 2010</u></p> <p>- L'impact des TIC sur la santé au travail, Etude par Sophie FANTONI-QUINTON et Céline LEBORGNE-ENGELAERE, La semaine Juridique Social n° 48, 26 novembre 2013, 1452</p> <p>- S. Brunet, La prévention des risques psycho-sociaux, avis du Conseil économique et social, mai 2013 et avis sur les risques psychosociaux au travail adopté le 14 mai 2013 par le Conseil économique, social et environnemental.</p> <p>- L. Lerouge, Les risques psycho-</p>	<p>travail le récépissé attestant qu'il a accompli la déclaration préalable prévue par la <u>loi no 78-17 du 6 janvier 1978</u> précitée. »</p> <p>- Cnil, dispense n° 10, <u>Délibération n° 2006-230, 17 oct. 2006</u> ; voir http://www.cnil.fr</p> <p>- Art 40 de la loi du 6 janvier 1978 ; V. JCl. Administratif, Fasc. 274-40, n° 142 et JCl. <u>Communication, Fasc. 4720, n° 142</u></p> <p>- <u>C. pén., art. R. 625-12</u>. – Pour plus de détails, V. <u>JCl. Pénal Code, Art. 226-16 à 226-24, fasc. 20, n° 503 s.</u></p> <p>- <u>C. pén., art. R. 625-13</u>. – JCl. Pénal Code, Art. 226-16 à 226-24, fasc. 20, n° 506</p> <p>- <u>D. n° 2005-1309</u>, modifié, art. 86, al. 3.</p> <p>- <u>D. n° 2005-1309</u>, modifié, art. 87, al. 1er</p> <p>- CNIL, règl. int., art. 73, al. 1er</p> <p>- <u>D. n° 2005-1309</u>, modifié, art. 87, al. 1er</p> <p>- <u>D. n° 2005-1309</u>, modifié, art. 89, al. 2</p> <p>- <u>L. n° 78-17</u>, modifiée, a-rt. 39, I, al. 1er</p> <p>- <u>L. n° 78-17</u>, modifiée, art. 41, al. 1er</p> <p>- article L. 1111-7 du Code de la santé publique</p> <p>- <u>L. n° 78-17</u>, modifiée, art. 42. – Sur les modalités, <u>D. n° 2005-1309</u>, modifié, art. 89, al. 1er. – Pour plus de détails, V. <u>infra n° 124 s.</u></p>	<p>- Cons. d'Et. 25 janv 1989 RJS 1989 N° 423.</p> <p>- <u>CA Reims, 9 juin 2010, no 09/03205</u></p> <p>- <u>CA Rouen, 15 nov. 2011, no 11/01830</u></p> <p>- Cons. prud'h Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, no 10/00850</p> <p>- Cons. prud'h. Boulogne-Billancourt, 19 novembre 2010, Mme S. c/Société Alten ; RLDI 2011/51, no 2208 et no 2209, p. 51, JCP 2010, no 48 act. 559, obs. Verkindt P-Y</p> <p>- <u>CA Besançon, 15 nov. 2011, no 10/02642</u>, F. c/ Sté C., Juris-Data, no 2011-031655 ; Comm. comm. électr. 2012, no 4, comm. 44, note Caprioli E-A.</p> <p>- Cass 1^{ère} civ 10 avril 2013, RLDI 2013/93, n°3095, obs. J. de R. et L. C.</p> <p>- CA Rouen, ch. soc., 15 nov. 2011, no 11/01827, Mélanie R. c/ Vaubadis, Juris-Data, no 2011-028442 ; Comm. com. électr. 2012, no 9, comm. 103, note Caprioli E-A.</p> <p>- CA Lyon, ch. soc. A, 24 mars 2014, no 13/03463</p> <p>- TGI Paris, 17e ch. corr., 17 janv. 2012, no 1034008388 ; Semaine sociale Lamy, 23 janv. 2012, no 1522, p. 14</p> <p>- Cass. soc. 21 décembre 2006, n° <u>05-41140 D</u></p> <p>- Cass. soc. 30 mars 1982, n° <u>79-42107D</u></p> <p>- Cass. soc. 19 novembre 1992, n° <u>91-45579 D</u></p> <p>- Cass. soc 17 avril 1991, n° 90-42636</p> <p>- Cass. soc. 9 juillet 2002, n° <u>00-45068 D</u></p> <p>- Soc., 1er avril 1992, Bull. n° 1503</p> <p>- soc, 18 oct 2006, pourvoi n° 04-48.025, Bull. 2006, V, n° 308</p> <p>- Chambre soc Cdc, 2 oct 2001, pourvoi n° 99-42.942, Bull. 2001, V, n° 291</p> <p>- cass soc, 2 octobre 2001 n° 99-</p>
--	--	--

<p>sociaux au travail reconnus par le droit : le couple dignité-santé in Risques psycho-sociaux au travail. Étude comparée Espagne, France, Grèce, Italie, Portugal : L'Harmattan, 2009, p. 9</p> <p>· M. Gollac et M. Bodier, Mesurer les facteurs psycho-sociaux de risque au travail pour les maîtriser, Rapport du collège d'expertise sur le suivi des RPS au travail réuni à la demande du ministre du Travail et des affaires sociales, Paris, 2011</p> <p>· C. Félio, Risques psycho-sociaux et TIC : discours de cadres, VIIe colloque international EUTIC, Bruxelles, nov. 2011.</p> <p>· S. Brunet, La prévention des risques psycho-sociaux</p> <p>· C. Félio, Risques psycho-sociaux et TIC : discours de cadres, VIIe colloque international EUTIC, Bruxelles, nov. 2011</p> <p>· C. Neveu et S. Triopon, Télétravail à domicile, étude menée par le Pôle Actions Transversales – CARSAT Nord-Picardie, juill. 2012</p> <p>· Le Lamy santé sécurité au travail, Négociation de la prévention des risques psychosociaux et sur la qualité de vie au travail http://rocheblave.com/avocats/pathologies-psychiques/ actualités Maître Eric Rocheblave, avocat spécialiste en droit du travail</p> <p>· Le salarié connecté, veille par Florence MEURIS</p> <p>· Doctrine Social Intérêt de l'entreprise / protection des salariés : un combat d'arrière-garde, Expertises février 2015</p> <p>· J.-E. Ray, Les astreintes, un temps du troisième type : Dr. soc. 1999, p. 250</p> <p>· J.-E. Ray, De la subordination à la sub/organisation : Dr. soc. 2002, p. 6</p> <p>· Le droit à la déconnexion une utopie sans futur, Patrick BOUVARD et Nicole TURBE-SUETENS</p> <p>· L'impact des TIC sur la santé au travail, Etude par Sophie FANTONI-QUINTON et Céline LEBORGNE-ENGELAERE, La semaine Juridique Social n° 48, 26 novembre 2013, 1452</p>	<p>· <u>D. n° 2005-1309</u>, modifié, art. 86, al. 1er. – CNIL, règl. int., art. 73, al. 1er Art R 625-11 Code pénal</p> <p>· Art 121-2 al 1^{er} Code pénal</p> <p>· <u>L. n° 2011-867</u>, 20 juill. 2011 relative à l'organisation de la médecine du travail : <u>Journal Officiel 24 Juillet 2011</u></p> <p>· <u>L. n° 2010-1330</u>, 9 nov. 2010 portant réforme des retraites : <u>Journal Officiel 10 Novembre 2010</u></p> <p>· <u>Loi no 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (Loi dite loi Aubry I)</u></p> <p>· Articles L 3121-36, et L 3121-37, R 3124-24 et R 3121-28 du Code du travail</p> <p>· Loi n° 2005-882 du 2 août 2005.</p> <p>· L. n° 2003-47, 17 janv. 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi</p> <p>· L. n° 2008-789, 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail</p> <p>· Accord Usine Nouvelle, 16 févr. 2000</p> <p>· Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du</p>	<p>42942</p> <p>· cass. soc. 23 mai 2007, n° 05-17 818, BC V n° 84</p> <p>- Cass. soc, 8 octobre 2014, pourvoi n° 13-14991</p> <p>- Arrêt ch soc Cdc 18 décembre 2013, n° pourvoi : 12-17832</p> <p>- TGI Paris, 1^{ère} ch., sect. Soc., 19 avril 2005, n° 05-00382, Semaine sociale Lamy, n° 1217, note J-L. Denier ; Dr. Ouvrier 2005, p. 192, note F. Saramito</p> <p>- Cons. cont., déc. N° 2012-652 DC, 22 mars 2012 sur la loi relative à la protection de l'identité, JO 28 mars ; voir Guerrier Cl. La CNI biométrique française : entre préservation de l'identité et protection des libertés individuelles, RLDI 2012/82, n° 2758</p> <p>- <u>CJCE</u>, 6 nov. 2003, aff. C-101/01, Bodil Lindqvist c/ Suède, Rev. Lamy dr. aff. 2004, no 67, no 4163 Conseil D'Etat – 6 novembre 2009 – « Société Inter Confort »</p> <p>- Cass. soc., 28 nov. 2007, no 06-21.964, Bull. civ. V, no 201</p> <p>- Cass. soc., 23 avr. 2013, n° 11-26.099 : <u>Comm. com. électr. 2013, comm. 97</u>, obs. E.-A. Caprioli ; DPS Bull. juin 2013, p. 5 ; <u>JCP S 2013, act. 225</u>, obs. L. Dauxerre ; D. 2013, p. 1142 ; Liaisons soc. Q 2 mai 2013 ; Jurispr. soc. Lamy 2013, n° 345, D. Julien-Paturle. – A. Gérard, 18 juin 2013, www.juriscom.net : Rev. Lamy dr. immat., n° 95, juill. 2013, 3161, p. 43, note J. Uzan-Naulin</p> <p>- <u>CE</u>, 24 sept. 2014, n° 363194, Union synd. Solidaires Paris</p> <p>- Cass. soc., 7 juin 1995, n° 91-44919 : Bull. civ. V, n° 184</p> <p>- Cass. soc., 6 avr. 2004, n° 01-45227 : Bull. civ. V, n° 103</p> <p>- CNIL, délib. N° 2014-040, 29 janv. 2014</p> <p>- Cass. soc., 7 juin 1995, n° 91-44.919, Synd. CGT Turbomeca Bordes c/ Turbomeca : <u>JurisData n° 1995-001403</u> ; Bull. civ. 1995, V, n° 184 ; Dr. soc. 1995, p. 1043 ; RJS août-sept. 1995, n° 901</p> <p>- CA Versailles, 7e ch., 6 oct. 2003, Alstom Power Boilers, TGI Paris,</p>
--	---	--

<p>http://www.lesechos.fr/07/04/2014/Le_sEchos/21663-018-ECH_syntec-reconnait-le-droit-des-cadres-a-la-deconnexion.htm#TObA4DTYTzrIuS ab.99</p> <ul style="list-style-type: none"> - Article du Wall Street Journal - Déclaration à l'AFP de Jochen FRAY, porte-parole de la direction du personnel - Bruno Mettling, Directeur général adjoint en charge des ressources humaines d'Orange - Rémy Oudghiri, directeur du département tendances et prospective chez Ipsos et auteur de Déconnectez-vous (Arlea, mars 2013) - http://ladeconnexiondeselites.fr/ interview France culture, 5 mars 2015 - Conférence de Presse UGICT-CGT-4 septembre 2014 - « La conciliation famille et travail pour répondre à la diversité des besoins des salariés tout au long de la vie », UNAF (Union Nationale des Associations Familiales) - http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2013-047.pdf - DARES, 21 août 2014 - Cahiers sociaux, 01 mai 2014, n° 263, Changements d'horaires : et si le salarié avait son mot à dire ? - Note Ch. Mathieu, « Volonté du salarié et temps de travail », RDT 2012, p. 677 ; P. Lokiec, « Variations autour de la volonté du salarié », Dr. ouv. 2013, p. 464) - Note sur la promotion de cette logique par la loi Aubry II, M. Del Sol, « Travail à temps partiel : le renforcement de la logique du temps choisi ? », Dr. soc. 2001, p. 728 ; F. Favennec-Héry, « Le temps vraiment choisi », Dr. soc. 2000, p. 295 - Colloc, concilier vie privée et vie professionnelle : santé, égalité et organisation du travail en question, lundi 16 juin 2014 - Droit des relations sociales au travail, Martine MEUNIER-BOFFA - P.-H. Antonmattei, « Les salariés concernés par les conventions de forfait en jours sur l'année », Semaine sociale Lamy, 2012, n° 1544. 	<p>temps de travail, article 17</p> <ul style="list-style-type: none"> - Cass. soc., 29 juin 2011, no 09-71.107 - Cass. soc., 19 févr. 2014, no 12-22.174 et no 12-28.170 - L. no 2008-111, 8 févr. 2008, art. 1er - L. no 2009-974, 10 août 2009 ; D. no 2009-1134, 21 sept. 2009 - LOI n° 2009-974 du 10 août 2009 : le principe du repos dominical - L. n° 2009-974, 10 août 2009 : Journal Officiel 11 Aout 2009 ; JCP S 2009, 1380 - Préambule, considérant 26 - Directive n° 2006/54 du 5 juillet 2006 - C. trav., art. L. 1222-9, « Le refus d'accepter un poste de télétravailleur n'est pas un motif de rupture du contrat de travail » - L. n° 2012-387, 22 mars 2012, art. 46 : Journal Officiel 23 Mars 2012 - Directive 90/270/CE du 29 mai 1990 transposée par le décret n° 91-451 du 14 mai 1991, JO du 16 mai 1991 - Loi no 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi (JO 16 juin) - ANI sur le télétravail, 19 juill. 2005 ; Arr. 30 mai 2006, JO 9 juin - Circulaire Directive du 15 avril 2002 - Circ. DGT no 2008-22, 19 nov. 2008 - Loi de 2002 sur la 	<p>lrech., sect. soc., 4 avr. 2006, Sud Télécom Paris c/ SA</p> <ul style="list-style-type: none"> - Cass. soc., 14 janv. 2014, n° 12-16.218, X. c/ Sté Goubet : Cah. soc. barreau, n° 260, 1er févr. 2014, obs. J. Icard ; Procédures 2014, comm. 75, obs. A. Bugada ; Rev. Lamy dr. immat., n° 104, mai 2014, n° 3474, p. 52, obs. J. de Romanet ; JCP S 2014, 1213, note G. Bossu ; JCP S 2014, 1214, note E. Geffray et C. Giroit - Cass. soc., 8 oct. 2014, no 13-14.991 - Cass. soc., 8 oct. 2014, no 13-14.991, P+B - Cass. soc., 8 oct. 2014, n° 13-14.991 : JurisData n° 2014-023165 ; JCP S 2015, 1057, note B. Bossu ; Procédures 2015, comm. 18, note. A. Bugada ; Comm. com. électr. 2014, comm. 98, note E.-A. Caprioli ; JCP E 2014, 1663, note Y. Pagnere ; JCP G 2014, 1119, obs. D. Corrignan-Carsin ; JCP S 2014, act. 381, obs. N. Dauxerre ; Rev. Lamy dr. immat., n° 110, déc. 2014, /110, p. 27, note M. Moritz. - A. d'Helly, Utilisation des TIC par les salariés et leurs représentants : JCP S 2014, 1393 - Cons. const., 15 nov. 2007, déc. n° 2007-557 DC, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile : JCP A 2007, act. 1033 ; JCP G 2007, act. 563 ; JCP G 2008, I, 100, F. Terré. - M. Verpeaux. À propos de la décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile : JCP G 2008, I, 101. - F. Chaltiel, Les tests ADN et les statistiques ethniques devant le Conseil constitutionnel : LPA 26 nov. 2007, p. 4. - Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562, DC, « Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental » : JurisData n° 2008-010653 ; Cah. Cons. const. 2008, n° 24. - V. également sur la
---	---	---

<ul style="list-style-type: none"> - « Les forfaits en jours : anomalie juridique ou prémices du futur ? », Les Cahiers du DRH, no 138, déc. 2007, Jacques Barthélémy - Le Lamy temps de travail, Comment le forfait annuel en jours fonctionne-t-il ? mise à jour de juin 2015 - « Les forfaits en jours : anomalie juridique ou prémices du futur ? », Les Cahiers du DRH, no 138, déc. 2007 - Le Lamy social, En quoi consiste le forfait annuel en jours et comment le mettre en place ? - M.-F. Mazars, P. Flores, Semaine Sociale Lamy, no 1499, p. 8 - Extrait de « L'arrêt Blue Green en débat », Semaine sociale Lamy, no 1327, 5 nov. 2007, Jacques Barthélémy - Conseil économique et social, La mutation de la société et les activités dominicales, Rapport de Jean-Paul Bailly, 2007, p. 43 - Conseil économique et social, Consommation, commerce et mutations de la société, Rapport de Léon Salto, 2007, p. I-23 - Pour une réflexion sur le droit du travail et la famille, cf. K. Garcia, Le droit du travail et la famille, Dr. soc., no 1, janvier 2009, p. 12 - Le travail dominical : réflexions juridiques autour d'une loi politiquement contestée, Daniel PERRON (docteur en droit) Petites affiches 18 novembre 2009 n° 230 - F. Fevenec-Hery et B. Grassi, loc. cit., p. 338 - Le travail dominical : réflexions juridiques autour d'une loi politiquement contestée, Daniel PERRON (docteur en droit), Petites affiches 18 novembre 2009 n° 230 - La semaine juridique Social n° 24, 14 Juin 2011, 1283, Travail dominical et modification du contrat de travail, Commentaire par Mickael D'ALLENDE avocat spécialiste en droit social - Les congés liés à la naissance d'un enfant : Étude de législation comparée du Sénat, n° 200, oct. 2009, p. 11 - Voir la proposition de loi destinée à « élargir les conditions d'accès 	<p>réforme de la comptabilité des sociétés cotées et la protection des investisseurs</p> <ul style="list-style-type: none"> - L. n° 107-204, 31 juill. 2002, art. 406 ; pour une application : Suez, Code de conduite à l'usage des financiers du groupe. - Circulaire CGT n° 2008/22, 19 novembre 2008, relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur - Circulaire DRT no 5-83, 15 mars 1983, BO trav. no 83/16. - Circ. DGT n° 2009/09, 17 avr. 2009, relative à la compétence territoriale des membres de l'inspection du travail saisis d'un règlement intérieur unique - L'article 1736 du Code civil dispose que « le bailleur ou le locataire d'un bail fait sans limitation de durée peut donner congé à tout moment à la condition d'observer les délais fixés par les usages des lieux » - L. no 78-17 du 6 janvier 1978, loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JO du 7 janvier 1978, p. 227, modifiée par la loi no 2004-801 du 6 août 2004, JO du 7 août 2004, p. 14063 - Circulaire ministérielle du 15 mars 1983, Dr. social 1983, p. 573, Liaisons sociales, 1983, légis. no 5313 	<p>qualification de la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, B. Viau et R. Perray : Gaz. Pal. 2008, doct. p. 33</p> <ul style="list-style-type: none"> - CE, 19 juill. 2010, n° 317182 et n° 334014, F. et C. : <u>JurisData n° 2010-012219</u> et <u>JurisData n° 2010-012472</u> ; JCP G 2010, AJ, p. 822 ; M.-C. de Montecler, Le Conseil d'État donne une leçon d'informatique et libertés à l'Éducation nationale : Dalloz actu. 267 juill. 2010, p. 1454 ; <u>Dr. adm. 2010, comm. 146</u>, note P. Raimbault ; LPA 22 mars 2011, n° 57, p. 3, note M.-C. Rouault - CE, 26 juill. 2014, n° 370212, M. A. et M. C. - CE, 24 août 2011, HSBC Private Bank Suisse, cité supra <u>n° 15</u>. – Également, pour information, sur le rejet du référé-suspension, <u>CE, 19 avr. 2010, n° 337458</u>, HSBC Private Bank Suisse, cité supra <u>n° 15</u> - CE, 20 oct. 2010, Société Centrapel, no 327916, JCP A, no 44, 2 nov. 2010, actu 791 - CA Paris, 1re ch., sect. A, 22 juin 1993, X c/ Y : <u>JurisData n° 1993-023638</u> ; JCP E 1994, 359, chron. M. Vivant et C. Le Stanc - <u>Cass. crim., 29 juin 1999, n° 97-84.166</u> ; D. 1999, inf. rap. p. 244 ; JCP E 1999, 1705 ; Gaz. Pal. 15 févr. 2000, n° 46, p. 17, note J.-P. Doucet - <u>Cass. crim., 28 sept. 2004, n° 03-86.604</u> : <u>JurisData n° 2004-025249</u> ; D. 2004, p. 3038 ; JCP G 2004, IV, 3265 ; <u>Dr. pén. 2005, comm. 18</u>, obs. M. Véron ; Comm. com. électr. 2005, alerte 60, obs. M.-A. Ledieu - CAA Lyon, 22 avr. 2014, n° 12LY24711, M. A. et M. B - Cass. soc., 23 mars 2011, n° 08-45.140 - Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 09-41.495 : <u>JurisData n° 2010-016611</u> ; JCP S 2010, 1441, note C. Puigelier - Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 09-42.691
---	--	--

<p>au congé parental d'éducation » – AN, prop. de loi n° 118, 24 juill 2012 – propose une nouvelle répartition du congé parental article L 1125-48 du Code du travail</p> <p>ˆ Rapp. Sénat n° 60, t. II (2001-2002) de M. Lorrain, déposé le 7 nov. 2001 : famille, p. 42. – Contra Halde, délib. n° 2007-203, 3 sept. 2007, pour qui l'objet du congé de paternité serait de « favoriser dès le plus jeune âge un lien entre l'enfant et la personne l'élevant »</p> <p>ˆ Les congés liés à la naissance d'un enfant : Étude de législation comparée du Sénat, n° 200, oct. 2009, p. 11</p> <p>ˆ Mode de garde et d'accueil des jeunes enfants : un état des lieux contrasté, par Maryline BRUGGEMAN</p> <p>- V. Lettres UNAF, n° 241, 15 et 22 févr. 2010</p> <p>ˆ http://www.observatoire-equilibre.com/charte-de-la-parentalite/les-signataires/ http://business.lesechos.fr/directions-ressources-humaines/ressources-humaines/dialogue-social-ce/charte-de-la-parentalite-concilier-entreprise-et-vie-de-famille-2764.php</p> <p>- Citoyen-salarié ou salarié-citoyen : - des droits fondamentaux et des libertés individuelles à sauvegarder, Martine MEUNIER-BOFFA, Petites affiches, 18 mai 2005 n° 98</p> <p>ˆ B. Bossu, note ss Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-43.592, Dr. soc. 2006, p. 925, obs. J. Savatier ; <u>JCP S 2006, 1815</u>, note B. Bossu</p> <p>ˆ S. Tournaux, Un pas vers l'indemnisation généralisée au titre de l'utilisation du domicile à des fins professionnelles : Dr. soc. 2010, p. 355</p> <p>ˆ J.-E. Ray, Légaliser le télétravail : une bonne idée ? : Dr. soc. 2012, p. 448</p> <p>ˆ J.-Y. Frouin, Inventaire : Semaine sociale Lamy 2003, n° 1140, p. 73. – F. V., Une clause de mobilité ne peut pas remettre en cause le télétravail : Semaine sociale Lamy 2006, n° 1265, p. 14</p> <p>H. Guyot, Le télétravail codifié : <u>JCP S 2012, 1204</u></p>	<p>- Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et la libre circulation de ces données</p>	<p>ˆ Cour d'Appel de Bordeaux, 10 novembre 2011 n° 10/06357</p> <p>ˆ Cour d'Appel de Toulouse, 15 avril 2011, n° 09/03852</p> <p>ˆ Cour d'Appel de Paris, 27 juin 2012 n° 11/10514</p> <p>ˆ Cour d'Appel de Grenoble, 7 mars 2012 n° 11/01143</p> <p>ˆ Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942 : <u>JurisData n° 2001-011137</u> ; Bull. civ. 2001, V, n° 291</p> <p>ˆ Cass. soc., 12 févr. 2013, n° 11-28.649 : <u>JurisData n° 2013-002073</u> ; Bull. civ. 2013, V, n° 34 ; <u>JCP S 2013, 1217</u>, note B. Bossu</p> <p>ˆ CA Bordeaux, ch. soc., 10 juin 2002 : <u>JurisData n° 2002-184292</u> ; Comm. com. électr. 2003, comm. 77, note A. Lepage</p> <p>ˆ Cass. soc., 17 févr. 2004, n° 01-44.889, Il s'agissait en l'espèce d'un ambulancier ayant refusé de répondre à l'appel de son employeur sur son téléphone portable personnel pendant son temps de pause déjeuner</p> <p>CJCE, 9 sept. 2003, aff. C-151/02, § 58 : Rec. CJCE 2003, I, p. 8389. – CJCE, 1er déc. 2005, aff. C-14/04 : Rec. CJCE 2005, I, p. 10253</p> <p>ˆ Cass. soc., 1er juill. 2009, n° 08-41.217, F-D</p> <p>ˆ Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.727 : <u>JurisData n° 2001-011136</u> ; Bull. civ. 2001, V, n° 292 ; <u>JCP G 2002, II, 10035</u>, note D. Corrigan-Carsin</p> <p>ˆ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 : <u>JurisData n° 2011-012756</u> ; <u>JCP S 2011, 1333</u>, étude M. Morand. – Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 11-28.398 : <u>JurisData n° 2013-007954</u> ; <u>JCP S 2013, 1240</u>, note M. Morand.</p> <p>ˆ Cass. soc. 16 janvier 2001 Elsbieciak</p> <p>ˆ Cass soc. 26 février 2003 Luchart c/ Sté Nortene Technologies</p> <p>ˆ Cass. soc. 12 novembre 2002 Sté glé c/ Syndicat CFDT des banques de Rouen et de sa région</p> <p>ˆ Cass. soc. 10 juillet 1996, N° de pourvoi: 93-41137</p>
--	---	---

<ul style="list-style-type: none"> - Accord Renault par exemple (J.-E. Ray, <i>Légaliser le télétravail : une bonne idée ?</i>, Dr. soc. 2012, p. 457) - Marion Emeras (docteur en droit), <i>Le domicile du salarié</i>, La semaine juridique Social n°3, 20 janvier 2015, 1012 - J.-E. Ray, <i>Métamorphoses du droit du travail</i>, p. 1170. – J.-E. Ray, <i>Légaliser le télétravail : une bonne idée ?</i> p. 457 - <i>Quelles sont les garanties pour le télétravailleur ?</i> Le Lamy social 2015 - JOCE n° L 288, du 28 octobre 1991 - J BARTHELEMY, <i>Le temps de travail des cadres</i>, JCP E, 1997, I, 662 http://www.cnil.fr/fileadmin/document/s/Guides_pratiques/CNIL_GuideTravail.pdf - ://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/Videosurveillance/CNIL_Video_au_travail.pdf - I DE BENALCAZAR, <i>Conventions de forfait : une nécessaire intervention du juge</i>, TPS 2002, chron 14 - <i>Cahier DHR</i>, n°50 sur le télétravail, p. 75 cite l'exemple d'EDF - B. Bossu, note ss Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-43.592, Dr. soc. 2006, p. 925, obs. J. Savatier ; <u>JCP S 2006, 1815</u>, note B. Bossu - <i>Le Lamy droit des affaires – 2015</i>, Importance du « code de bonne conduite » - <i>Le Lamy droit des comités d'entreprises</i>, Notes de services ou internes, adjonctions au règlement intérieur, circulaires, chartes ou codes éthiques - <i>Le Lamy droit des comités d'entreprises</i>, Notes de services ou internes, adjonctions au règlement intérieur, circulaires, chartes ou codes éthiques - Interview : les codes de bonne conduite ne sont qu'un premier pas, Paul Lannoye, député européen - Etudes, Chartes éthiques et codes de conduite : état des lieux d'un nouvel enjeu social, mars 2004, http://212.180.4.240/admin/upload/rp290304sy.pdf ; Commission européenne, Livre vert sur la responsabilité sociale des entreprises, 	<ul style="list-style-type: none"> - Cass. soc. 7 avril 2004 N° de pourvoi: 02-41486 - Cass. soc. 14 novembre 2000 N° de pourvoi: 98-43218 - Cass. soc. 18 décembre 2000 N° de pourvoi: 98-42885 - Cass. soc. 23 janvier 2001 N° de pourvoi: 98-44843 98-45287 98-45318 - Cass soc. 3 novembre 2011 N° de pourvoi: 10-14702 - Cass. soc., 13 janv. 2009, n° 06-45562 : Bull. civ. V, n° 4 - Cass. soc., 2 avril 2014, n° 13-11060, FS PB - Cass. soc., 12 déc. 2012, n° 11-21494 - <u>Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 10-17.593</u> - <u>Cass. soc., 13 févr. 2013, no 11-27.826</u> - CA Lyon, 2 mai 2002, n° 2002/00277 - <u>Cass. soc., 12 mars 2014, no 12-29.141</u> - <u>Cass. soc., 29 juin 2011, no 09-71.107</u> - Cass. soc., 13 déc. 2006, n° 04-40527 : Bull. civ. V, n° 375 et Cass. soc., 10 juill. 2013, n° 12-14028. - CA Paris, 4 juin 2009, no S07/01644, il s'agissait d'un salarié (chef de rayon), soumis à des horaires imposés par son employeur - <u>Cass. soc., 14 juin 1990, no 88-42.783</u> ; <u>Cass. soc., 6 juin 1985, no 82-41.096</u> ; voir J. Barthélémy, « La notion de temps de travail, son évolution et sa déclinaison », SJS 2005, no 17, 1276, p. 9) et de l'article 2 de la directive de novembre 1993 (Dir. 23 nov. 1993, art. 2, modifiée par Dir. no 003/88, 4 nov. 2003 - CEDS, 12 oct. 2004 ; CEDS, 7 déc. 2004 ; CEDS, 23 juin 2010 - <u>Cass. soc., 29 juin 2011, no 09-71.107 FS-PBRI</u> - Cass. soc., 17 déc. 2014, no 13-22.890 - <u>Cass. soc., 14 mai 2014, no 12-35.033</u>
--	---

<p>18 juill. 2001 ; B. Fliess, et K. Gordon, OCDE, Les codes de conduite des entreprises. Étude approfondie de leur contenu, juin 2000, www.oecd.org/ech. The World Law Group, « Anonymous Sarbanes-Oxley hotlines in the E.U. : practical compliance guidance for global companies », in World Data Protection Report, août 2005, BNA International, www.theworldlawgroup.com - Dassault Systèmes, Code of business conduct - Le régime juridique des « codes de conduite », Lucien Flament, Avocat au barreau de Paris - V. J. Grimaldi d'Estra, « Règlement intérieur » : JCl. Travail, Traité, fasc. n° 1-40, 2001, n° 61 et s. - L. Bodeux, Études sur le contrat de travail, Thèse Louvain, 1896, p. 104 ; cité par J. Le Goff, préc., p. 226 - Antonmattei P.-H. et Vivien P., « Charte d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives », Rapport au ministre délégué à l'Emploi, au Travail et à l'Insertion professionnelle des jeunes, janv. 2007 - G. Berthon et D. Chenu, « Le contrôle juridictionnel de la légalité du règlement intérieur une tentative de clarification » : Dr. soc. 2007, p. 1142 - A. Etchegoyen, La valse des éthiques, François Bourdin, Paris, 1991 - L'entreprise et l'éthique, Françoise - De Bry, Maître de Conférences en sciences de gestion - Jacques Chevallier, Vers un droit post-moderne ?, R.D.P. 1998, p. 659 - Françoise DE BRY - D.-M. Rousseau, « Psychological and implied contracts in organisation », Employee Responsibilities and Rights Journal, vol. 2, 1989, p. 121-139 - F. Lenoir, Le temps de la responsabilité. Entretiens sur l'éthique, Paris, Fayard, 1991, p. 128.</p>	<p>- Cass. soc., 10 déc. 2008, n° 07-42669 ; pour ce qui est de l'éligibilité des salariés au forfait en jours vu par les cours d'appel, v. L. Beaujot et S. Kersting, « Le forfait jours vu par les cours d'appel », Cah. soc., nov. 2013, p. 484, n° 111r5. - Cass. soc., 26 sept. 2012, no 11-14.540 - Cass. soc., 24 avr. 2013, no 11-28.398 - Cass. soc., 29 juin 2011, no 09-71.107 ; Cass. soc., 2 juill. 2014, no 13-11.940 - Cass. soc., 29 juin 2011, no 09-71.107 - Cass. soc., 19 févr. 2014, no 12-22.174 et no 12-28.170 - Cass. soc., 29 juin 2011, no 09-71.107 - Cass. soc., 19 févr. 2014, no 12-22.174 et no 12-28.170 ; Cass. soc., 2 juill. 2014, no 13-11.940 - Cass. soc., 4 juin 2002, no 00-10.655 - Cass. soc., 10 mars 2010, no 08-17.044P - Cass. soc., 2 mars 2011, no 09-43.223 ; Cass. soc., 26 sept. 2012, no 11-18.410 - Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-43.223, FS-P+B, M. J. c/ SARL Le Café Pierre et a. : JurisData n° 2011-002611 - Cass. soc., 17 oct. 2000, n° 98-42.264 : JurisData n° 2000-006274 ; Bull. civ. 2000, V, n° 328 ; TPS 2000, comm. 382, 2e arrêt. – Cass. soc., 27 juin 2001, n° 99-42.462 : JurisData n° 2001-010333 ; Bull. civ. 2001, V, n° 234 ; TPS 2001, comm. 325. – Cass. soc., 26 oct. 2004, n° 02-43.233 : JurisData n° 2004-026213 ; Bull. civ. 2004, V, n° 334 ; TPS 2005, comm. 75 - Cass. soc., 5 juin 2001, n° 98-44.781 : JurisData n° 2001-009949 ; Bull. civ. 2001, V, n° 206 - Cass. soc., 17 nov. 2004, n° 02-46.100 : JurisData n° 2004-025674 ; Bull. civ. 2004, V, n° 292 ; Dr. soc. 2005, p. 227,</p>
---	--

<ul style="list-style-type: none"> - G.Amédee-Manesme, « L'exercice du pouvoir du dirigeant au service d'une éthique d'entreprise », Revue Ent repriseÉthique , no 6, avril 1997, p. 31 - Laurence Boy, Normes, R.I.D.E. 2/1998, p. 115 ; La valeur juridique de la normalisation, in Les transformations de la régulation juridique, L.G.D.J. 1998, p. 183 - Filali Osman, Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandation, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit, R.T.D. Civ. 1995, p. 509 - Jean-Pierre Bertrel, La position de la doctrine sur l'intérêt social, Droit et Patrimoine, avril 1997, p. 42 - Point de vue sur l'éthique de l'entreprise, Philippe AONZO, docteur en droit - Caroline MERLE, L'alerte et l'éthique, droit des sociétés, Petites affiches, 23 mars 2007 n° 60, p.4 - Document d'orientation de la CNIL du 10 novembre 2005 - L'alerte éthique du groupe EDF fonctionne via le système des courriels, contrairement à la société Shell France qui accorde « tout moyen » pour déclencher cette alerte. - Observations de l'Afep et du Medef sur le projet de lignes directrices pour la mise en œuvre de dispositifs de signalement professionnel conformes à la loi du 6 janvier 1978 modifiée le 6 août 2004, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Afep Medef, 27 octobre 2005 ; Réflexions sur les principes devant guider la mise en place dans les entreprises d'une procédure de signalement par les salariés, Afep Medef, mars 2006. - Observations de l'Afep et du Medef sur le projet de lignes directrices pour la mise en œuvre de dispositifs de signalement professionnel conformes à la loi du 6 janvier 1978 - Les comités d'audit, C. de Ganay d'Indy et L. Engel, Bull. Joly 2003, p. 723, no 159. - Délibération de la CNIL no 2005-110 du 26 mai 2005 relative à une « demande d'autorisation de McDonald's France pour la mise en œuvre d'un dispositif d'intégrité 		<ul style="list-style-type: none"> obs. Ch. Radé. – P.-H. Antonmattéi, Les clauses du contrat de travail : Éditions liaisons, 2e éd., p. 61 - Cass. soc., 17 nov. 2004, n° 02-46.100 : <u>JurisData n° 2004-025674</u> ; Bull. civ. 2004, V, n° 292 ; Dr. soc. 2005, p. 227, obs. Ch. Radé - CEDH, 27 mars 1998, Petrovic c/ Autriche : Rec. CEDH 1998, I, § 36. – Comp.CEDH, 31 mars 2009, Weller c/ Hongrie : <u>JCP G 2009, 143</u>, n° 28, obs. F. Sudre - CEDH, 27 mars 1998, Petrovic c/ Autriche : Rec. CEDH, 1998, I, § 36 Paris, 20 oct 1993, RJS 1994, n° 645 ; Cass soc 7 juillet 1994, RJS 8-9/1994, n°1069 ; Cass soc. 29 mars 1990, pourvoi n° 87-13.409, Bull n° 148 - cass coc 22 janvier 1981, pourvoi n° 77-12-854 et 79-12.795, Bull n os 61 et 62 - Cass. soc., 9 janv. 2001, n° 98-44.833 : Bull. civ. 2001, V, n° 1, p. 1. – J. Mouly, note ss Cass. soc., 9 janv. 2001 : Dr. soc. 2001, p. 442 - Cass soc 9 janvier 2001, pourvoi n° 9844-833, Bull n° 1 ; Cr. Ouv. 2002, p. 27 ; confirmation de la j pant ; cass soc 25 février 1998, pourvoi n° 95-44-096, Bull. n° 107 - Cass. soc., 7 avr. 2010, n° 08-44.865 - <i>Cass. soc., 12 déc. 2012, n° 11-20.502 : <u>JurisData n° 2012-029208</u> ; Bull. civ. 2012, V, n° 339 ; <u>JCP S 2013, 1123</u>, note B. Bossu</i> - Cass. soc., 18 déc. 2013, n° 12-20.228 - <i>Cass soc 18 nov 1999, JCP éd G 2001, II 19 464, note M. BADEL</i> - arrêt CJCE 8 fev 2001, aff C350/99, JOCE n° L 288, p. 32 - Cass soc 10 juillet 2002, TPS 2002, com. N° 297 - Cass soc 6 juillet 1999, TPS 1999, n° 393 - <i>Cass soc 12 janvier 1999, n° 96-40-755, Bull n°7</i> - Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.727 : Bull. civ. 2001, V, n° 292 - Cass soc 12 déc 2000, pourvoi n°
---	--	--

<p>professionnelle »</p> <ul style="list-style-type: none"> - Le Monde du 21 mai 2003 - Whistleblowing : quel système d'alerte éthique pour les entreprises françaises ?, Cercle Éthique des Affaires, Les cahiers de l'éthique, no 2, mars 2005. 	<p>98-44-580 et 28 fév 2001, pourvoi n° 99-40-600</p> <ul style="list-style-type: none"> - <u>Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-43.592 : JurisData n° 2006-033752</u> - Cass. soc., 14 sept. 2005, no 03.40-180 - Cass. soc., 8 déc. 2009, no 08-17.191 - Cass. soc., 8 déc. 2009, no 08-17.191 - TGI Nanterre (réf.), 6 oct. 2004, CE Novartis Pharma et Fédération FO c/ Sté Novartis Pharma : Dr. Ouvrier mai 2005, p. 219, note F. Saramito – TGI Versailles, 4e ch., 17 juin 2004, CCE Schindler et FTM CGT c/ Schindler SA : Dr. Ouvrier oct. 2004, p. 473, note M.F.B.C. V. ; TGI Lyon (réf.), 14 févr. 2005, CCE SA LGL France, Union départementale CGT du Rhône, Union locale CGT de Saint-Priest et des environs c/ Sté LGL France – AddeI. Meyrat, « Les chartes éthiques doivent-elles prendre place dans le règlement intérieur » : Semaine sociale Lamy, supplément, 4 juin 2007, n° 1310, p. 21. - <u>Cass. soc., 28 mai 2008, n° 07-15.744</u>, Bull. civ. V, n° 120 - Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-67492 : CSBP août-sept. 2011, p. 220, A 54, note F.-J. Pansier - Juge des référés de Nanterre ; tableaux de synthèse proposés notamment par l'annexe à la circulaire DGT n° 2008/22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes d'éthique professionnelle et au règlement intérieur. - Décision en date du 17 juin 2004 (CCE Schindler et FTM CGT c/ Schindler SA) - CE, 12 nov. 1990 : AJDA 1991, p. 484, obs. X. Prétot – CE, 11 juill. 1990 : JCP E 1991, II, 123, note O. Godard ; cité par J. Grimaldi d'Estra, préc. - Trib. gr. inst. Nanterre, 6 octobre 2004, cf. Sonia Hadjali, «Consultez votre CE avant de diffuser une charte éthique sur l'intranet», L'Usine Nouvelle, no 2940 du 18 novembre 2004
---	--

		<ul style="list-style-type: none"> - Trib. adm. Nantes, 22 octobre 1982, Gaz. Pal. J. 18/19-2- 83, p. 18 - Cass. soc., 10 juin 1982, Bull. civ. 1982, V, no 392 - Cons. d'État, 25 janvier 1989, D. 1990 p. 202 - Cons. d'État, 9 décembre 1994, Ministre du Travail c. Auby France. - «Recueillir l'avis du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel constitue une formalité protectrice de l'intérêt des salariés», Cass. soc., 4 juin 1969, Bull. cass. 1969, V, no 367 - Cass. crim., 13 janvier 1944, Bull. civ. no 19
--	--	--

Exemple d'une clause type du règlement intérieur interdisant l'alcool en entreprise :

Clause type :

« Conformément aux textes applicables, il est interdit à toute personne d'introduire ou de distribuer dans l'entreprise des boissons alcoolisées ou de la drogue. Toutefois, s'agissant des boissons alcoolisées, des dérogations particulières et exceptionnelles peuvent être délivrées par la direction.

Par ailleurs, il est interdit, dans l'enceinte de l'entreprise ou dans les lieux sur lesquels les salariés de l'entreprise sont amenés à se rendre pour l'accomplissement de leur mission, à toute personne ayant autorité sur des salariés de l'entreprise de laisser :

- introduire ou distribuer des boissons alcoolisées ou de la drogue ;
- entrer ou séjourner des personnes en état d'ivresse ou sous l'emprise d'une drogue. ».

Exemple de rédaction d'une clause de mobilité

" En cas de besoins justifiés notamment par l'évolution de ses activités ou de son organisation et plus généralement par la bonne marche de l'entreprise, la Société <dénomination sociale> se réserve le droit de muter définitivement (ou d'affecter en partie) Monsieur (ou Madame) <prénom, nom> à l'intérieur du périmètre géographique suivant : <à délimiter : cette zone, plus étendue que la zone géographique d'emploi, peut s'étendre à plusieurs régions, à la France entière, à d'autres pays, etc.>.

OU

En cas de besoins justifiés notamment par l'évolution de ses activités ou de son organisation et plus généralement par la bonne marche de l'entreprise, la Société <dénomination sociale> se réserve le droit de muter définitivement (ou d'affecter en partie) Monsieur (ou Madame) <prénom, nom> dans l'un quelconque de ses établissements actuels ou futurs implantés en <indiquer précisément la zone territoriale dans laquelle peut être imposée la mobilité ; cette zone, plus étendue que la zone géographique d'emploi, peut s'étendre à plusieurs régions, à la France entière, à d'autres pays, etc.>.

Eventuellement

(Dans le cas exceptionnel d'un changement obligatoire de résidence)

En cas de mutation et compte tenu de la nature des fonctions que Monsieur (ou Madame) <prénom, nom> exerce au sein de l'entreprise (ou de la société), il (ou elle) s'engage à changer si nécessaire de lieu de résidence afin de continuer à habiter tout près de son nouveau lieu de travail.

(Eventuellement : Pour pallier les sujétions inhérentes à ce changement de résidence, l'entreprise ou la Société <dénomination sociale>) accordera à Monsieur (ou Madame) <prénom, nom> <les avantages ci-dessous : préciser (prise en charge des frais de déménagement à hauteur de [] après réception de [] devis ; des frais de double résidence, etc.), en vérifiant au préalable ce que prévoit, ou non, les accords collectifs applicables dans l'entreprise, ou les avantages fixés par l'accord d'entreprise ou la convention collective de branche>).

En cas de mise en œuvre de la présente clause, Monsieur (ou Madame) <prénom, nom> sera informé (ou informée) <préciser le nombre de semaines ou mois (vérifier ce que prévoit le cas échéant la convention collective sur ce point)> avant son affectation effective dans son nouveau lieu de travail.

Si Monsieur (ou Madame) <prénom, nom> estime que des raisons impérieuses liées à sa vie privée rendent impossibles la mutation, et ce malgré les mesures d'accompagnement présentées, il (ou elle) pourra solliciter, dans les <préciser le nombre d'heures, de jours, de semaines> suivant(e)s un entretien avec <la DRH, son supérieur, la direction...> pour les exposer".

Exemple de disposition d'un Code de bonne conduite relative à la vie privée :

La société ABB

« Nous accordons de l'importance au respect mutuel et à la vie privée La protection des données personnelles – que ce soit celles des collaborateurs, des clients, des sous-traitants ou des fournisseurs – doit être respectée à tout moment. Les collaborateurs doivent collecter, utiliser, archiver, traiter et divulguer les informations personnelles en accord avec les politiques de confidentialité d'ABB et les lois applicables. Respect Nous faisons preuve de respect en nous aidant mutuellement à réussir 22 Code de Bonne Conduite.

Toutefois, les collaborateurs ne sont pas en droit de réclamer, pour des communications effectuées dans les locaux d'ABB, des privilèges relatifs à la vie privée allant au-delà des privilèges accordés par la législation locale. Dans les conditions prévues par la législation locale, le Groupe ABB est autorisé à surveiller l'utilisation du courrier électronique professionnel et des fichiers professionnels ».

La société Ethypharm :

« Ethypharm s'engage à respecter la protection de la vie privée et des données à caractère personnel conformément aux lois applicables en la matière dans les pays où elle opère.

Cette protection est assurée non seulement à tous ses collaborateurs mais aussi aux tiers avec lesquels Ethypharm interagit au quotidien. Il appartient par ailleurs à chacun d'entre nous d'assurer la protection des données personnelles que nous traitons dans le respect des lois et du présent code.

QU'EST CE QU'UNE DONNÉE À CARACTÈRE PERSONNEL ?

Il s'agit d'une information qui permet d'identifier directement ou indirectement une personne physique. Il peut s'agir par exemple de son nom, son adresse, sa date de naissance, sa photographie... Ces données peuvent être collectées, traitées, utilisées, diffusées ou stockées par tous moyens.

QUI EST CONCERNÉ ?

Les données personnelles collectées peuvent appartenir aux collaborateurs ou encore aux médecins, experts, patients participants à des études cliniques et autres prestataires.

COMMENT UTILISER CES DONNÉES ?

Les données à caractère personnel doivent être utilisées dans un but précis et légitime, d'une manière loyale et ne peuvent être conservées au-delà de la durée nécessaire au but recherché. Le transfert de données d'un pays à l'autre est réglementé en particulier d'un pays européen à un pays non européen. Il convient donc de s'assurer du respect des règles en vigueur avant tout transfert. En France, le traitement des données à caractère personnel est soumis au respect de la loi « Informatique et Libertés » du 6 janvier 1978 modifiée en 2004. Cette loi offre à toute personne dont les données personnelles ont été utilisées, un droit d'accès et de rectification aux informations communiquées la concernant.

- Toutes informations personnelles collectées doit l'être dans un but précis et faire l'objet d'un traitement confidentiel en conformité avec les lois applicables en la matière.

- Chacun dispose d'un droit de suppression et de rectification des données. »

La notion de gouvernance semble recouvrir des thèmes proches du terme «gouverner», de la prise de décision et de l'évaluation.

A titre liminaire, nous pouvons citer Gérard Charreaux qui définit la notion de gouvernance d'entreprise comme étant un ensemble de mécanismes ayant pour effet de délimiter les pouvoirs et d'influencer les décisions des dirigeants, autrement dit qui gouvernent leur conduite et définissent leur espace discrétionnaire. Elle représente donc l'ensemble des organes et règles de décision, d'information (transparence) et de surveillance permettant aux ayants droit et partenaires d'une entreprise, de voir leurs intérêts respectés et leurs voix entendues dans le fonctionnement de celle-ci.

La gouvernance d'entreprise propose une nouvelle conception du processus de décision, accordant toute sa place à la concertation entre les parties prenantes. Le délégué syndical intervient dans ce sens, en effet, il a une mission de revendication (par exemple concernant la hausse des salaires), il est l'interlocuteur du syndicat auprès de l'employeur, il négocie avec ce dernier les normes de l'entreprise (accords et conventions collectives)

Encadrée par des lois assurant l'indispensable transparence, la gouvernance d'entreprise serait théoriquement le moyen d'assurer au mieux les intérêts multiples des acteurs concernés (salariés et employeurs). C'est la raison pour laquelle il paraît opportun de faire un parallèle entre l'exercice de la gouvernance d'entreprise par les acteurs concernés et le respect de la vie privée des salariés.

La gouvernance d'entreprise peut donc être limitée par le respect de la vie privée des salariés.

La vie privée est l'ensemble des activités d'une personne qui relève de son intimité par opposition à la vie publique. Il paraît plus juste de mentionner un "droit à l'intimité de la vie privée". En effet, il s'agit d'un droit fondamental, proclamé par la loi, inscrit dans la déclaration des droits de l'homme de 1948 (article 12), la Convention européenne des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (article 8), à l'article 9 du Code civil et à l'article 226-1 du Code Pénal.

Par ailleurs, des circonstances extérieures à la vie professionnelle et tenant à la vie privée du salarié ne peuvent être prises en considération, sauf si elles affectent la relation salariale. C'est la raison pour laquelle il existe bien une frontière entre la vie privée et la vie professionnelle. Les actes de la vie privée ne sauraient avoir d'influence sur la vie professionnelle, ce qui signifie que l'employeur ne peut pas tirer argument de faits et gestes de son salarié en dehors du travail.

A l'exception toutefois du cas où le comportement du salarié crée un « *trouble caractérisé au sein de l'entreprise* » compte tenu de ses fonctions et de l'activité exercée.

Il résulte de ce qui précède une multitude de thèmes concernant la vie privée, qui méritent d'être étudiés et confrontés avec l'exercice de la gouvernance d'entreprise, notamment : la vie privée et la surveillance en entreprise, le respect de la vie privée du salarié sur son lieu de travail, la vie privée et les nouvelles technologies en entreprise, tout ce qui concerne la liberté d'opinion, liberté religieuse et liberté de se vêtir du salarié.

Un équilibre doit donc être trouvé afin d'élaborer une gouvernance d'entreprise efficace tout en respectant la vie privée des salariés.

Est-il possible de trouver un équilibre entre les actions de la direction face au respect de la vie privée du salarié peut être trouvé ?

